

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO**

**LÍVIA DALLA BERNARDINA ABREU**

**OS EFEITOS TEMPORAIS DAS DECISÕES DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA:  
UMA PROPOSTA DE RACIONALIZAÇÃO**

**VITÓRIA**

**2017**

LÍVIA DALLA BERNARDINA ABREU

**OS EFEITOS TEMPORAIS DAS DECISÕES DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA:  
UMA PROPOSTA DE RACIONALIZAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual, sob a orientação do Professor Doutor Geovany Cardoso Jeveaux.

VITÓRIA

2017

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)  
(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

---

A162e Abreu, Livia Dalla Bernardina, 1990-  
Os efeitos temporais das decisões do Supremo Tribunal  
Federal no controle de constitucionalidade em matéria tributária :  
uma proposta de racionalização / Livia Dalla Bernardina Abreu. –  
2017.  
252 f. : il.

Orientador: Geovany Cardoso Jevaux.  
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) –  
Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências  
Jurídicas e Econômicas.

1. Controle da constitucionalidade. 2. Direitos fundamentais.  
3. Garantia (Direito). 4. Tributos. 5. Interesse público. I. Jevaux,  
Geovany Cardoso, 1966-. II. Universidade Federal do Espírito  
Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

---

LÍVIA DALLA BERNARDINA ABREU

**OS EFEITOS TEMPORAIS DAS DECISÕES DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA:  
UMA PROPOSTA DE RACIONALIZAÇÃO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual, sob a orientação do Professor Doutor Geovany Cardoso Jevaux.

**Banca Examinadora:**

---

Prof. Dr. Geovany Cardoso Jevaux  
Universidade Federal do Espírito Santo  
Orientador

---

Prof. Dr. Tárek Moysés Moussallem  
Universidade Federal do Espírito Santo

---

Prof. Dr. Robson Maia Lins  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Dedico este trabalho a meu avô, Cláudio Dalla Bernardina, por ser o exemplo sempre presente de humildade, dedicação, serenidade, força e doçura. Ainda, por ter me apresentado, desde muito cedo, o incrível mundo das letras.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradecer é lembrar-se daqueles que caminham ao nosso lado, e que dividem conosco angústias, anseios e medos, que vibram com as nossas conquistas e multiplicam, diariamente, nossas alegrias.

A Deus, agradeço pelo conforto e proteção. Ao meu avô, Cláudio, por me ensinar as lições mais preciosas na vida. À minha avó Mirtes, que nos deixou no decorrer do presente trabalho, agradeço pelo exemplo de força e pelas doses diárias de alegria que dividiu conosco até o fim.

À minha mãe, maior amiga e companheira, e aos meus irmãos, sou grata pelo apoio incondicional, pela alegria diária e cumplicidade.

Ao Caio, pelo amor, companheirismo e incentivo, e também pelos debates jurídicos, revisões e correções. Obrigada por acreditar em mim quando eu mesma não fui capaz de fazê-lo e de tornar meus sonhos também seus.

Ao Jimmy, agradeço pela lealdade e a companhia nas incansáveis horas de estudo.

Aos amigos, pelo sincero apoio e felicidade compartilhada. Agradeço ao Isac pela revisão do trabalho, pelos questionamentos certos e por dividir comigo a realidade da advocacia tributária. Em especial a você e ao Hélio agradeço por partilharem desde o início da dor e da delícia da vida acadêmica, e, assim, me incentivarem a me manter firme no caminho e buscar cada vez mais.

Aos professores e mestres, agradeço por me guiarem nesta longa jornada. A proximidade, empatia e solicitude que encontrei em vocês me estimularam a buscar cada vez mais. Ao meu orientador, professor Geovany Cardoso Jevaux, agradeço especialmente pela confiança em mim depositada e por todos os ensinamentos no decorrer da orientação. Aos professores Cláudio Penedo Madureira, Robson Maia Lins e Tárek Moysés Moussallem, agradeço pelas reflexões, que muito acrescentaram ao trabalho. Aos professores da

Universidade Federal do Espírito Santo, agradeço pelo convívio e pelas lições durante toda minha vida acadêmica. Sou também grata aos professores do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, que me estimularam a repensar o direito.

Por fim, agradeço à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), por ter financiado parte dos meus estudos na Universidade Federal do Espírito Santo.

Vivendo, se aprende; mas o que se aprende,  
mais, é só a fazer outras maiores perguntas.

João Guimarães Rosa



## RESUMO

O presente trabalho busca avaliar a produção de efeitos no tempo das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal em sede de controle de constitucionalidade em matéria tributária. A análise se desenvolverá a partir das perspectivas histórica, doutrinária e sistemática. Considerando-se que o sistema jurídico brasileiro não nos oferece uma solução clara quanto à regulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade das leis ou atos normativos, visa este estudo perquirir se a própria estrutura do sistema já permite a aferição de uma solução lógica dele decorrente. A questão ganha relevantes contornos, tendo em vista que a definição acerca do marco temporal de produção de efeitos da decisão de inconstitucionalidade envolve o delicado embate entre direitos fundamentais protegidos constitucionalmente. Busca-se, pois, um método racional e suficientemente seguro para a tutela desses direitos. Desse modo, analisar-se-á a compatibilidade da teoria dos direitos fundamentais, desenvolvida por Robert Alexy para solucionar o problema, sem olvidar do contexto legislativo pátrio, em especial a partir da edição do Código de Processo Civil de 2015. Com isso, intenta-se oferecer uma alternativa que contribua para a melhor efetividade da Constituição, apta a tutelar a segurança jurídica dos jurisdicionados e a preservar a estabilidade do sistema jurídico.

**Palavras-chave:** Inconstitucionalidade; controle de constitucionalidade; matéria tributária; efeitos temporais; natureza jurídica; direitos fundamentais; racionalidade; ponderação.

## ABSTRACT

The present study aims to evaluate the temporal effects of the decisions pronounced by the Supreme Court in the judicial review involving Tax Law issues. The analysis is developed from the historical, doctrinal and systematic perspectives. Considering that the Brazilian legal system does not contain a clear textual solution for this task, this study aims to investigate if the structure of our system already offers us a logical solution. The issue has relevant implications, since the time effects of the Court's decision upon the constitutionality of legislative acts also involves a delicate clash between fundamental rights, constitutionally protected. Therefore, we attempt to find a rational and safe method to protect these rights. In this way, we sought after analyse the compatibility of the theory of fundamental rights, developed by Robert Alexy, to solve this problem, not forgetting the legislative context, especially since the edition of the Code of Civil Procedure of 2015. We endeavor to offer an alternative way that contributes to a better effectiveness of the constitution in order to ensure the protection of the constitutional main values, notably the legal security and, in this way, we claim to maintain the reliability of the legal system.

**Keywords:** Unconstitutionality; Judicial Review; Tax Law; Temporal effects; Legal nature; Fundamental rights; Rationality; Test of balancing.

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO .....</b>   | <b>11</b> |
| <b>1 CONCEITOS FUNDAMENTAIS: OBJETO E PREMISSAS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE .....</b>  | <b>17</b> |
| 1.1 O Direito como ordem de conduta humana.....   | 17        |
| 1.2 Norma jurídica: texto e interpretação.....  | 20        |
| 1.3 Do objeto da decisão de inconstitucionalidade: a validade normativa (vigência) e a validade da lei .....  | 26        |
| 1.3.1 VALIDADE COMO RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA .....  | 26        |
| 1.3.2 O OBJETO DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE .....  | 30        |
| 1.4 Breve esboço histórico do controle de constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro.....   | 35        |
| 1.5 A causa de pedir aberta nas ações de controle concentrado de constitucionalidade .....  | 44        |
| <b>2 DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE .....</b>  | <b>47</b> |
| 2.1 Entendimento tradicional da doutrina e do Supremo Tribunal Federal: dos efeitos <i>ex tunc</i> da decisão em sede do controle concentrado ..... | 47        |
| 2.2 Repensando o dogma da nulidade da lei inconstitucional: da natureza e dos efeitos do provimento de inconstitucionalidade.....                   | 49        |
| 2.2.1 DA NATUREZA CONSTITUTIVA DA DECISÃO: A TEORIA DE HANS KELSEN.....   | 49        |
| 2.2.2 O CHAMADO “PRINCÍPIO DA NULIDADE DA LEI INCONSTITUCIONAL” <i>VERSUS</i> A NATUREZA CONSTITUTIVA DO PROVIMENTO.....                            | 65        |
| 2.2.3 OUTROS FUNDAMENTOS JUSTIFICADORES DOS EFEITOS PROSPECTIVOS DA DECISÃO .....   | 74        |
| 2.3 O desenho temporal dos efeitos da decisão como decorrência da aplicação da constituição federal.....  | 80        |

|   |            |
|---|------------|
| 2.3.1 DO DEVER-PODER DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE DEFINIR, <i>SPONTE PROPRIA</i> , O ALCANCE TEMPORAL DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.....               | 81         |
| 2.3.2 REFLEXOS PROCESSUAIS.....   | 89         |
| <b>3 DA PREVISÃO LEGAL DE MODELAÇÃO DA EFICÁCIA TEMPORAL DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – ARTIGO 27 DA LEI Nº 9.868/1999 .....</b>                       | <b>93</b>  |
| 3.1 O artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade .....   | 94         |
| 3.2 A experiência portuguesa e a experiência brasileira: importantes pontos de distinção .....  | 99         |
| 3.3 Segurança jurídica e seu viés subjetivo: proteção da confiança legítima .....   | 102        |
| 3.3.1 O TRATAMENTO DA MATÉRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 (LEI Nº 13.105/2015) .....  | 111        |
| 3.4 Excepcional interesse social .....  | 116        |
| 3.4.1 A ANÁLISE DAS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS ECONÔMICAS DA DECISÃO COMO FUNDAMENTO PARA A FIXAÇÃO DO MARCO TEMPORAL DE PRODUÇÃO DE EFEITOS DO PRONUNCIAMENTO.. | 120        |
| 3.5 Da garantia constitucional de fundamentação das decisões judiciais .....  | 133        |
| 3.6 Da necessidade de controle social.....  | 138        |
| 3.6.1 MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL TRAZIDOS PELO CPC/2015 .....  | 142        |
| 3.6.2 MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL DA LEI Nº 9.868/99  | 145        |
| <b>4 DA PONDERAÇÃO A SER APLICADA NA FIXAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DAS DECISÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE – UMA TENTATIVA DE RACIONALIZAÇÃO.....</b>           | <b>149</b> |
| 4.1 A Teoria dos Direitos Fundamentais, de Robert Alexy.....  | 152        |
| 4.2 Regras e princípios: uma distinção necessária .....   | 160        |

|   |            |
|---|------------|
| 4.3 A lei de colisão e suas máximas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito .....  | 164        |
| 4.4 A modelação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade à luz da teoria dos direitos fundamentais .....                         | 169        |
| <b>5 ANÁLISE DE CASO: INCONSTITUCIONALIDADE DOS BENEFÍCIOS FISCAIS DE ICMS .....</b>  | <b>176</b> |
| 5.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.481/PR e os efeitos temporais da decisão .....  | 176        |
| 5.1.1 ANÁLISE DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECISÃO PROFERIDA À LUZ DA TEORIA DE ROBERT ALEXY .....  | 183        |
| <b>6 ANÁLISE DE CASO: OS JULGAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DO DIREITO A CRÉDITO DE IPI NAS AQUISIÇÃO DE INSUMOS DESONERADOS.....</b> | <b>192</b> |
| 6.1 Recurso Extraordinário nº 353.657/PR e a aquisição de insumos tributados à alíquota zero e não tributados.....                                | 192        |
| 6.1.1 DA APLICAÇÃO DA LEI DE COLISÃO, DE ROBERT ALEXY, AO CASO ENFRENTADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....                                     | 205        |
| 6.2 Recurso Extraordinário nº 590.809/RS: a desconstituição da coisa julgada em face da mudança de jurisprudência.....                            | 214        |
| 6.2.1 ANÁLISE DO CASO À LUZ DA TEORIA DE ROBERT ALEXY.....  | 218        |
| 6.3 Recurso Extraordinário nº 566.819/RS e o creditamento de IPI na aquisição de insumos isentos .....  | 222        |
| 6.3.1 DA APLICAÇÃO DA TEORIA DE ROBERT ALEXY, AO CASO ENFRENTADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....  | 227        |
| <b>CONCLUSÃO .....</b>  | <b>232</b> |
| <b>REFERÊNCIAS.....</b>   | <b>235</b> |

## INTRODUÇÃO

A tributação é, desde os primórdios da humanidade, questão sensível, que envolve grandes tensões, tanto na relação Estado/cidadão, quanto nas relações interestatais. O surgimento dos tributos remete-nos à própria criação e organização do Estado tal qual conhecemos hoje, em que o cidadão, gradualmente, foi substituindo a participação direta na administração estatal pela escolha de representantes, responsáveis por geri-la.

No Brasil Colônia, durante o século XVIII, a cobrança do “quinto”, imposto que recaía principalmente sobre a produção de ouro na colônia e correspondia a 20% (vinte por cento), acabou por culminar na Inconfidência Mineira, movimento que buscava a libertação do Brasil de Portugal.

A polêmica tributária perdura até os dias atuais. A constante tensão inerente ao tema deve-se ao fato de que a cobrança de tributos constitui em interferência do Estado na esfera individual do sujeito, recaindo diretamente sobre diversos direitos fundamentais dos cidadãos, dentre eles o direito de propriedade. Ao mesmo tempo, a receita tributária é também meio de realização de numerosos outros direitos fundamentais e viabiliza a própria existência do Estado.

O assunto ganha destaque e complexos contornos no Estado Democrático de Direito, regido por uma Constituição dirigente, como é o caso do Brasil. Isto significa que a Constituição do Estado brasileiro açambarca diversas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais de cunho social, as quais, ao lado das já custosas liberdades negativas, ampliam a necessidade de uma postura prestacional por parte da Administração, a fim de concretizá-las.

Nesse contexto, nada mais consentâneo que oferecer ao Estado instrumentos para financiar a efetivação desses direitos: os tributos.

Dessa forma, se é certo que as limitações constitucionais ao poder de tributar são garantias do contribuinte, constituindo direitos fundamentais, também a obrigação de pagar impostos transfigura-se em dever fundamental, na medida em que é

pressuposto de efetividade de muitos dos direitos constitucionalmente assegurados. O regular funcionamento do Estado é indissociável das receitas advindas da arrecadação tributária.

Isso posto, nota-se, desde já, que grande parte dos conflitos tributários envolve a contraposição de princípios e garantias fundamentais. Tem-se, assim, um verdadeiro “duelo de gigantes” cujo desfecho impõe imensurável esforço cognitivo, analisando-se os valores contrapostos.

A questão dos efeitos temporais das decisões proferidas pela jurisdição constitucional é subteorizada, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Por essa razão é que se propõe aqui uma reflexão demorada sobre todo o modelo de constitucionalidade. Talvez, repensando o sistema – com o olhar atento e o pensamento aberto à desconstrução de conceitos já incutidos em nosso inconsciente – é que possamos encontrar uma solução. Ao menos, o debate estará posto; a semente da mudança, lançada.

No Brasil, predomina na doutrina e jurisprudência a ideia de que a decisão de inconstitucionalidade de uma lei, seja ela declarada abstrata ou concretamente, produz, em regra, efeitos *ex tunc*. Quer dizer, entende-se pela retroatividade máxima da decisão de inconstitucionalidade, que, a princípio, fica privada tão somente de atingir a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e aqueles atos cuja possibilidade de desfazimento já foi alcançada pela prescrição ou pela decadência.

Não há como negar que a edição de um ato legislativo produz relevantes efeitos no mundo social, queira a ordem jurídica reconhecê-los ou não. O direito pode dar significação aos fatos, mas não pode impedir que eles ocorram, não pode eliminar seus registros históricos. Dessa forma, a aplicação irrestrita da chamada “teoria das nulidades”, com o passar do tempo, revelou-se insuficiente para solver as celeumas advindas da decisão de inconstitucionalidade.

Em que pese o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência, não há em nosso sistema uma regra clara quanto à regra geral dos efeitos temporais dos pronunciamentos que decretam a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

Identificando as tensões geradas pelos efeitos da inconstitucionalidade no tempo, o legislador editou o artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, na tentativa de tutelar os direitos do cidadão. Assim, consignou que, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos de decisão.

A despeito da edição do diploma legislativo, a questão dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, bem como o alcance dos conceitos jurídicos indeterminados de que o legislador lançou mão, continuou sem uma resposta clara, pois o próprio texto normativo deixa em aberto qual seria a regra geral aplicável.

Um dos principais problemas que nos levou a investigar mais a fundo a questão é que o Supremo Tribunal Federal, seja no controle de lei em tese, seja no controle concreto, não tem uma linha definida de quais os critérios aptos a justificar ou afastar a necessidade de se conferir eficácia prospectiva às decisões de inconstitucionalidade. Ao decidir de maneira discricionária, abala a confiança dos jurisdicionados e a segurança e estabilidade do sistema.

Como tentativa de mitigar a problemática identificada, proceder-se-á a uma tentativa de racionalização do debate jurídico acerca dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade no tempo, visando otimizar a efetivação dos direitos fundamentais envolvidos, mantendo a confiabilidade do ordenamento jurídico.

O objeto principal do presente trabalho são as decisões proferidas no controle abstrato. No entanto, tendo em vista a notória tendência de aproximação dos modelos de controle, muito do raciocínio traçado poderá ser empregado também no controle difuso de constitucionalidade. Desse modo, primeiramente, buscar-se-á perquirir as raízes históricas e fundamentos teóricos que fizeram com que a doutrina e jurisprudência pátrias abraçassem tão firmemente a tese relativa aos efeitos *ex tunc* da decisão proferida no controle abstrato de inconstitucionalidade.

Igualmente, há de se proceder a uma avaliação sistemática da estrutura do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de investigar se o



sistema, por sua própria lógica, já nos oferta uma resposta plausível. A partir desta análise, adianta-se que se afigura mais razoável, no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, reconhecer-se a natureza constitutiva do provimento proferido em sede de jurisdição constitucional, tal como defendido por Hans Kelsen, autor que também desenvolveu os principais traços deste modelo de controle. Kelsen entende que a ordem jurídica não comporta algo como a nulidade, motivo pelo qual defende que a lei posteriormente tida por inconstitucional foi válida até que o Poder Judiciário se pronunciasse.

Ato contínuo, vale dizer que também a anulabilidade comporta gradação. Em que pese reconhecer esse fato, Hans Kelsen não nos oferta balizas para graduar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade no tempo, motivo pelo qual se busca, neste trabalho, encontrar critérios razoavelmente objetivos – mas que preservem a necessária flexibilidade – para a definição dos efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade.

Para encontrar esses critérios, analisar-se-á, em princípio, o alcance dos conceitos jurídicos indeterminados positivados no artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 e como eles contribuem para nos aproximar de uma solução.

Nessa seara, torna-se relevante a análise dos fundamentos fáticos e jurídicos que importam para a definição da abrangência temporal do pronunciamento de inconstitucionalidade. Aqui, em especial, busca-se debater a possibilidade de se utilizar do cálculo das consequências econômicas como razão de decidir e, caso positivo, quais seriam as balizas da argumentação empírica. Busca-se, assim, identificar os princípios predominantemente envolvidos na *quaestio* e como solucionar eventual confronto entre eles.

Para tanto, há de se perscrutar os instrumentos postos à disposição pelo sistema para auxiliar em uma tomada democrática de decisão, tendo-se em conta o especial problema de legitimação inerente à jurisdição constitucional. Torna-se curial a análise dos mecanismos de participação social, tais como os *amici curiae* e as audiências públicas, com sua peculiar função no contexto das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade.

Nesse cenário, importa registrar que, dentre outros fundamentos, os artigos 8º e 489, § 2º, ambos do CPC/2015 (Lei 13.105/2015), reproduzem em seu texto as leis de colisão e de ponderação desenvolvidas por Robert Alexy como parte de método objetivo – ainda que com elementos fortemente subjetivos – para solucionar os conflitos entre direitos fundamentais com caráter de princípio. Assim, será este o ponto de partida para a investigação acerca de uma solução racional do problema dos efeitos no tempo das decisões de inconstitucionalidade.

Sobreleva destacar que a adoção das teorias de Hans Kelsen e de Robert Alexy, apesar de, em um primeiro momento, parecer incompatível, é algo plenamente possível, sobretudo porque o próprio Alexy já reconheceu que o modelo por ele adotado, em especial no que tange aos conceitos de norma e enunciado normativo, guarda estreita relação com a concepção kelseniana e, além disso, o mecanismo da ponderação, desenvolvido por Robert Alexy, ganha espaço justamente como método objetivo para garantir balizas e certo grau de racionalidade à gradação dos efeitos temporais da anulação de uma norma, ponto deixado em aberto na teoria de Hans Kelsen.

Por fim, proceder-se-á à apreciação de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária, a fim de aferir a aplicabilidade da solução proposta.

Assim, serão discutidos aspectos, características, definições, conceitos, entre outros, a respeito dos princípios constitucionais que orientam o marco temporal de produção efeitos da decisão proferida no controle de constitucionalidade.

Faz-se mister a definição dos termos utilizados, uma vez que os princípios, em geral, são conceitos abstratos e flexíveis, podendo ser utilizados sob diferentes óticas para sustentar, inclusive, posicionamentos antagônicos. Devemos lembrar que o direito não se constitui em realidade estanque, completamente afastada de conceitos e valores extrajurídicos.

Nota-se, portanto, que o poder normativo do texto constitucional faz com que este oriente a aplicação de todas as demais disposições do ordenamento. Sendo a

interpretação das normas atividade ínsita à aplicação do direito, salta aos olhos a importância da jurisdição constitucional, bem como dos valores ali consagrados, irradiando efeitos para todo o ordenamento.

Hemos de ter sempre como norte, vale dizer, a busca pela solução que melhor atenda à máxima efetividade da Constituição, amplamente considerada. E, justamente, como concretizar os valores constitucionalmente tutelados? Este é o desafio. Sem pretensão de exaurir a matéria, buscam-se aqui alguns caminhos.

## 1 CONCEITOS FUNDAMENTAIS: OBJETO E PREMISSAS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Antes de adentrar à investigação acerca dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, há de se tecer alguns esclarecimentos. A exposição dos conceitos iniciais será breve e trará apenas a profundidade necessária para situar o leitor nas questões que serão adiante tratadas de modo mais percutiente

Desse modo, sem pretender ignorar eventuais posicionamentos divergentes – e igualmente relevantes no fomento ao debate jurídico – há de se fazer um corte metodológico, para resumirmos apenas alguns conceitos iniciais relevantes, sem esquecer que a delimitação do objeto decorre de uma escolha arbitrária do cientista.

### 1.1 O Direito como ordem de conduta humana

Lembro-me como se fosse ontem do meu primeiro dia de aula no curso de direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Logo após as devidas apresentações, o professor indagou-nos: para vocês, o que é direito? Apesar da timidez inicial de todos nós, calouros, não demorou muito para que viesse uma enxurrada de respostas, tais como: “direito são as leis”; “direito é o que o juiz diz”, “direito é fazer correto”; “direito é o curso que se faz para ser jurista”; “direito é o ordenamento jurídico”; “direito é poder fazer ou exigir algo” e até mesmo “direito é o contrário de esquerdo”.

A multiplicidade de respostas - cada uma, a seu modo, correta – deixa evidente o primeiro problema da palavra *direito*: sua pluralidade de sentidos.

Desse modo, cumpre, preliminarmente, esclarecer que, no presente trabalho, o *direito* a que nos referidos, como objeto de análise, é o sistema de prescrições emanadas de uma atividade estatal e direcionadas à organização do Estado e à regulação das condutas e relações sociais. Nesse contexto, o direito exsurge como sistema inerente à própria existência humana, entendido o homem enquanto um ser social.

Kelsen (2006, p. 2) explica que, tal qual ocorre com a sociedade, pode nos parecer, *prima facie*, que o Direito tem uma existência natural, ou seja, no domínio da natureza. No entanto, ao analisarmos qualquer fato que classificamos como jurídico, podem-se distinguir dois elementos: o primeiro deles realiza-se no espaço e no tempo e é sensorialmente perceptível, podendo ser, inclusive, uma série de condutas humanas; o segundo, por sua vez, é a significação do ato do ponto de vista do Direito, ou seja, sua significação jurídica. Por exemplo, uma carta assinada por comerciantes e com um determinado conteúdo, é, para o Direito, a celebração de um contrato, que, a depender da ordem jurídica presente naquela localidade ou inerente àquele negócio, terá requisitos e efeitos próprios.

Diversamente do que ocorre com o mundo natural ou fenomênico, o sentido ou as implicações jurídicas não podem ser percebidos por meio dos sentidos, porque essa relação causa/efeito não é necessária, nem imutável; ela decorre da prescrição contida no sistema, estabelecida pelos próprios indivíduos, por intermédio da máquina estatal. É por isso mesmo que as leis naturais, como, *verbi gratia*, as leis da física, são universais, ao passo que as normas jurídicas valem especificamente com relação a determinado ordenamento jurídico. Matar alguém: no mundo fenomênico, o ato é o mesmo – privar alguém de sua vida, fenômeno fisiológico –, mas, para os diferentes sistemas jurídicos, suas implicações podem ser distintas; pode ocorrer de uma ordem jurídica prever como sanção a prisão, ao passo que outro determinado sistema aplique a pena de morte como consequência; pode até mesmo ocorrer de que, embora a ação seja contrária ao Direito, não tendo incidido a linguagem competente para juridicizar o fato, não haja qualquer consequência na esfera jurídica.

O fato externo ao Direito é regido pela causalidade natural. O que transforma esse fato em um ato jurídico, seja ele lícito ou ilícito, é a incidência de uma norma que lhe empresta o significado de jurídico ou antijurídico. E essa tal norma, por sua vez, foi produzida por um ato jurídico que apenas é qualificado como tal em razão de estar assim previsto em outra norma. Hans Kelsen (2006, p. 4) exemplifica:

O que faz com que um fato constitua uma execução jurídica de uma sentença de condenação à pena capital e não um homicídio, essa qualidade - que não pode ser captada pelos sentidos - somente surge através desta

operação mental: confronto com o código penal e com o código de processo penal.

Com isso, quer-se dizer que, no mundo natural, do *ser*, a ligação entre a causa e os efeitos dá-se pela causalidade, ao passo que, no plano jurídico, resulta de uma norma, ou seja, de uma relação de imputação. Por isso mesmo não é raro que, diante da verificação de um fato natural classificado pela ordem jurídica como ilícito ou antijurídico, não suceda a consequência para ele prevista no sistema. Somente quando (e se) incidir a linguagem competente do sistema, é que será deflagrada a sanção prevista.

O Direito positivo, portanto, é um sistema dirigido a regular o comportamento humano, é uma ordem normativa da conduta dos homens. E a área do conhecimento que se dirige ao estudo das normas *jurídicas* que tocam fatos do mundo real para conferir-lhes a qualidade de jurídicos é a Ciência do Direito. Ambos os sistemas possuem existência própria, e, em razão de suas funções precípua – *regular* no primeiro caso e *estudar, analisar* no segundo –, torna-se fácil perceber que, na medida em que o Direito positivo apresenta caráter eminentemente prescritivo, a Ciência do Direito é primordialmente descritiva.

O presente trabalho, como parte da Ciência do Direito, tem como objeto de estudo o Direito positivo, aqui entendido como o conjunto de *normas jurídicas válidas*<sup>1</sup> em dado espaço e em determinado tempo (MOUSSALLEM, 2006, p. 167).

E, neste sentido, o direito, como objeto, é produto da cultura humana, é constituído mediante linguagem (MOUSSALEM, 2006, p. 18). E, para o Direito, linguagem é texto<sup>2</sup>. O Direito, por suas próprias regras, transforma os fatos naturais em jurídicos, e, também assim, a linguagem é constitutiva do próprio sistema de Direito. É por isso

---

<sup>1</sup> Como ficará claro mais à frente no desenvolver deste trabalho, a partir da concepção de norma jurídica que adotamos, a expressão *normas jurídicas válidas* é um pleonismo, figura de linguagem que, em certos casos é de uso legítimo para enfatizar o que pretende ser dito. É com essa função que empregamos a redundância dos termos.

<sup>2</sup> Lúcia Santaella alerta que é muito comum a confusão entre os conceitos de língua e linguagem. Por vezes, quando falamos em linguagem, mesmo inconscientemente, somos remetidos à ideia da língua que falamos, ambiente cultural no qual estamos inseridos desde o princípio de nossas vidas. Ocorre que é ilusória a ideia da língua como única e exclusiva forma de comunicação. Assim, *linguagem* é um conceito mais amplo, que inclui uma “gama incrivelmente intrincada de formas sociais de comunicação e de significação que inclui a linguagem verbal articulada”, mas, também, todos os sistema de produção de sentido (SANTAELLA, 1992, p. 8).

que o “discurso normativo, para reger os comportamentos entre pessoas, não pode ater-se, pura e simplesmente, à linguagem mediante a qual aquelas condutas se efetivam no meio social, sob pena de ficar tolhido pelos mesmos fatores que condicionam” (CARVALHO, P. B., 2011, p. 138).

O Direito, então, é constituído por uma linguagem própria, uma linguagem prescritiva que incide sobre a linguagem social e, assim, juridiciza fatos e condutas. É o conjunto de enunciados prescritivos emitidos pelos poderes Legislativo, Executivo, Administrativo, Judiciário e também pelo setor privado, articulados como estruturas normativas implicacionais e organizados no sistema (CARVALHO, P. B., 2011, p. 172). Daí dizer-se que o direito é uma linguagem de sobrenível ou uma sobrelinguagem, que recorta a realidade social, trazendo parte dela para o interior do sistema jurídico.

## 1.2 Norma jurídica: texto e interpretação

Conforme fixado, o objeto do presente trabalho é o *direito positivo*, enquanto sistema de *normas jurídicas válidas* em determinado espaço e tempo, ordem coativa destinada a regular a conduta humana em suas interações sociais. Tendo em vista a pluralidade de sentidos e acepções da expressão *norma jurídica* e também do adjetivo *válidas* que a qualifica, torna-se necessário definir a acepção em que tais termos são empregados na definição formulada.

Com relação às *normas jurídicas*, vale dizer que, por muito tempo, em nosso sistema pátrio, como resultado da forte influência da cultura jurídica francesa, as leis foram vistas como expressão da vontade geral<sup>3</sup>, como os alicerces da Constituição. Os juízes, nesse contexto, tinham a atividade de aplicar a vontade da lei. Com o decorrer dos anos, tornou-se forçoso reconhecer que a aplicação do ordenamento promovida pelo juiz é indissociável da atividade criativa. A própria palavra *jurisdição* tem sua origem na composição das expressões *jus*, *juris* (direito) e *dicere*, *dictio*, *dictionis* (dizer, ação de dizer), podendo, assim, ser entendida como a atividade de

---

<sup>3</sup> Essa noção tinha clara inspiração no pensamento das teorias jusnaturalistas contratualistas. Para Rousseau, “[...] o fundamento da obediência não vem a ser o poder do soberano, senão a vontade de todos exercida eventualmente pelo titular do governo” (JEVEAUX, 2015, p. 52)

dizer o direito. Desse modo, a jurisdição mostra inexorável carga subjetiva, uma vez que aos aplicadores do direito incumbe interpretar o texto positivado.

Em especial a partir do surgimento do constitucionalismo moderno<sup>4</sup>, observou-se que, para acompanhar as cada vez mais rápidas, profundas e frequentes transformações sofridas pelas sociedades, as regras jurídicas deveriam conter certa elasticidade, para que o Direito preservasse sua efetividade, sem a necessidade de modificação em seu texto escrito. Desse modo, tornou-se cada vez mais difícil sustentar que, ao aplicador do direito, incumbia apenas “extrair” o significado já contido no texto legal. Diz-se, portanto, que:

[...] o positivismo exegético evolui para um positivismo concretista [...]. A complexidade social crescente provoca um aumento cada vez maior no dissenso a respeito da significação concreta dos textos normativos, diminuindo a importância do Poder Legislativo e enfatizando o papel do Judiciário e demais agentes casuísticos. *A ideia normativa não mais se concretiza no texto legislado, na jurisprudência ou mesmo no precedente, meros dados de entrada, mas sim na decisão concreta.* A “racionalidade” do direito, mas do que casuística, passa a ser causal. (ADEODATO, 2012, p. 304)

Passou-se, gradativamente, a reconhecer que a atividade interpretativa é parte imprescindível ao processo de aplicação da lei. Assim, enquanto produto da aplicação do próprio direito, a norma jurídica *em sentido amplo* é uma variável dependente da interpretação, uma atividade que se realiza sobre o texto. Pode-se, pois, dizer que a disposição constitui o objeto da interpretação, e a norma, seu resultado. (GUASTINI, 1999, p. 100-101)

O direito, enquanto sistema linguístico que é, compõe-se de signos, que são qualquer forma de representação de algo. Desse modo, o sistema jurídico comporta uma análise sob o ângulo da semiótica, que, *grosso modo*, é a ciência que estuda a interação entre os signos. Os signos compõem-se de uma relação triádica, em que interagem: (i) um suporte físico; (ii) um significado; e (iii) uma significação. O suporte físico é um substrato material, de natureza física, e, que, no sistema jurídico, pode

---

<sup>4</sup> No século XX, operou-se uma mudança de paradigma tanto no Direito, em especial com relação à ideia de Constituição, quanto na Filosofia, em que se operou o giro linguístico, na verdade um giro linguístico-ontológico, que transformou o olhar sobre a interpretação e o processo de compreensão e produção de sentidos. (STRECK, 2009) O chamado giro linguístico, na Filosofia, por concernir à linguagem de modo geral, também operou mudanças no raciocínio jurídico.



ser representado pelo texto de uma lei ou ato normativo. Os significados, por sua vez, são os objetos a que se referem esses signos, e com os quais eles guardam uma relação semântica. As significações, de outra banda, são as representações originadas na consciência do sujeito cognoscente a partir da interpretação do suporte físico. Nessa toada, não há como se distinguir o significado da significação, tendo em vista que é a própria linguagem que constitui a realidade do sistema (CARVALHO, A. T., 2009, p. 132-135; CARVALHO, P. B., 2006, p. 189-190).

Nas palavras de Aurora Tomazini de Carvalho (2009, p. 211):

Interpretar não é extrair da frase ou sentença tudo o que ela contém, mesmo porque ela nada contém. A significação não está atrelada ao signo (suporte físico) como algo inerente a sua natureza, ela é atribuída pelo intérprete e condicionada às suas tradições culturais. Uma prova disto está na divergência de sentidos interpretados do mesmo texto. Se cada palavra (enquanto marca de tinta presente num papel, ou onda sonora) contivesse uma significação própria e o trabalho do intérprete se restringisse em encontrar tal significação, todos os sentidos seriam unívocos, ou pelo menos tenderiam à unicidade.

Em sentido lato, a norma é, pois, o resultado da interpretação produzida a partir do enunciado normativo; é a produção prática do direito. Robert Alexy (2015, p. 52-58), ao delinear o conceito semântico<sup>5</sup> de norma, estabelece como ponto de partida do modelo a diferenciação entre norma e enunciado normativo<sup>6</sup>. Ao discorrer acerca da diferenciação entre norma e enunciado normativo, Robert Alexy fixa a premissa de que uma norma é o significado de um enunciado normativo e alerta que essa distinção é feita também por outros autores, mas que a terminologia é bastante vacilante. Nesse sentido, Alexy deixa registrado que, apesar de aparentar, a princípio, certa contradição, há, na verdade uma estreita relação entre o modelo por

---

<sup>5</sup> O conhecimento de toda e qualquer manifestação linguística comporta a análise sob três planos fundamentais, a sintaxe, a semântica e a pragmática. “O plano sintático é formado pelo relacionamento que os símbolos linguísticos mantêm entre si, sem qualquer alusão ao mundo exterior do sistema. O semântico diz respeito às ligações dos símbolos com os objetos significados, as quais, tratando-se da linguagem jurídica, são os modos de referência à realidade; qualificar fatos para alterar normativamente a conduta. E o pragmático é tecido pelas formas segundo as quais os utentes da linguagem a empregam na comunidade do discurso e na comunidade social para motivar comportamentos”. (CARVALHO, P. B., 2006. p. 202).

<sup>6</sup> Robert Alexy (2015, p. 82) observa, nesse sentido: “O ideal do Estado de Direito é mais respeitado se se distingue claramente entre aquilo que o legislador impôs como norma e aquilo que um intérprete apresenta como razões para uma determinada interpretação que por meio de uma fidelidade à lei construída a partir de uma dada definição do conceito de norma”.

ele adotado e a concepção desenvolvida por Hans Kelsen. Em suas próprias palavras:

Já a expressão “enunciado normativo” é por ele empregada, na esteira de Kelsen, para designar enunciados sobre a validade de uma norma. Kelsen chama tais enunciados de “enunciados jurídico” e os contrapõe às “normas jurídicas” (Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 73). Kelsen emprega a expressão “norma” de forma diversa da aqui proposta. pois segundo ele só é norma aquilo que tem “objetivamente o sentido do dever-ser”, o que para ele significa poder ser reconduzido a uma norma fundamental que fundamenta a validade objetiva (idem, pp. 7-8). Mesmo que desconsiderado isso, é difícil integrar a concepção de Kelsen no modelo aqui utilizado. Segundo Kelsen a norma é o “sentido de uma vontade, um ato de vontade” (Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wein: Manz, 1979, p. 2; cf. também, do mesmo autor, *Reine Rechtslehre*, p. 4), o que parece ser algo completamente distinto do sentido ou significado de um enunciado. O sentido de um ato de vontade é caracterizado por Kelsen da seguinte forma: “que o outro deve se comportar de uma determinada maneira” (idem, *Allgemeine Theorie der Normen*, p. 31). Nesse sentido, ele afirma: “por norma designa-se que algo deve ser ou acontecer, especialmente que uma pessoa deve se comportar de uma determinada maneira” (idem, *Reine Rechtslehre*, p. 4). Mas isso é exatamente o que aqui se entende por “norma”. Se se desconsideram os elementos mentalísticos (vontade, ato de vontade), parece haver relações estreitas entre o modelo aqui utilizado e a concepção de Kelsen”. (ALEXY, 2015, p. 53, nota de rodapé nº 10) (grifos nossos)

Uma norma, pois, é a significação construída a partir de um enunciado normativo, que é a unidade de sentido consignada em um determinado suporte físico. A mesma norma pode ser expressa por intermédio de diferentes enunciados normativos. Normas podem ser manifestadas até mesmo por símbolos e códigos, sem que haja nenhum enunciado normativo, como é o caso das luzes de um semáforo.

A norma, então, é sempre produto da atividade hermenêutica. Esta, por sua vez, pode ser compreendida como uma atividade criativa cujo resultado varia sensivelmente a partir da perspectiva (histórica, cultural, linguística, temporal, social, pessoal, etc) do intérprete. A exegese, neste quadrante, é também um ato de

vontade<sup>7</sup>. Com isso, quer-se dizer que a interpretação “cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva” (KELSEN, 2006, p. 394).

Desse modo, é possível perceber que jamais descrevemos a realidade; o que descrevemos é o nosso modo de vê-la. Em consequência disso, nossa descrição do real será determinada por nossas pré-compreensões, bem como pelo lugar (e pela posição) que ocupamos ao descrever essa realidade. Assim, no que tange aos fatos, não existe o verdadeiro. “Nem mesmo o juiz Hércules [Dworkin] estará em condições de encontrar para cada caso uma resposta verdadeira, pois aquela que seria a única resposta correta simplesmente não existe” (GRAU, 2006, item XV, p. 40).

Todos os operadores do direito e também a sociedade, que vive o ordenamento jurídico, interpretam-no, mas só alguns dos intérpretes têm a autorização e chancela do Estado para formular a chamada “norma de decisão”, que tem poder vinculante sobre seus destinatários. Estes intérpretes são os juízes, aos quais Hans Kelsen convencionou denominar “intérpretes autênticos”. Autêntica é, pois, toda interpretação que cria direito (KELSEN, 2006, p. 394).

A linguagem constitui a realidade, pois só está ao alcance do ser cognoscente aquilo que é fruto de sua experiência pessoal e, portanto, que pode ser vertido em linguagem. Ao ouvir ou ler determinada palavra, o sujeito apenas apreende aquilo que para si está associado ao vocábulo – o que pode ter diferentes dimensões, a depender não só do grau de escolaridade, da formação profissional e da vivência pessoal de cada um, mas também, em grande parte, do idioma, ou seja, do sistema linguístico ao qual pertence o símbolo<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Em razão disso, no presente trabalho, busca-se utilizar as expressões “produzir”, “construir” ou “criar norma”, ao invés de se falar em “extrair a norma do texto legal”. Isso se dá em razão daquilo que Eros Roberto Grau (2006) chama de “caráter alográfico do direito”, que significa que, tal qual ocorre em um espetáculo de teatro, a obra apenas se completa com o concurso de dois personagens.

<sup>8</sup> Analisando os diferentes idiomas, perceberemos que até mesmo o que para nós pode parecer óbvio – o gênero das coisas (e até pessoas) – varia de um idioma para outro. Tendemos a considerar que o gênero, em sua acepção gramatical, guarda conexão entre o objeto designado e o gênero que lhe é atribuído. Com a análise de outras ordens linguísticas, resta-nos claro que até mesmo o gênero nada mais é do que uma construção humana, algo criado pela linguagem. Mark Twain, escritor americano,

Isso porque, a linguagem, enquanto sistema humano, nada mais é do que uma convenção entre determinados utentes, de que, àqueles símbolos linguísticos, associam-se determinados objetos ou significados – o que pode, inclusive, variar também dentro do próprio sistema linguístico<sup>9</sup>.

O sistema de direito positivo, enquanto sistema linguístico, reúne ainda mais problemas propedêuticos, visto que nem mesmo o próprio objeto do sistema - o conjunto de normas válidas em determinado território, espaço de tempo e em um dado momento histórico (CARVALHO, P. B., 2012b, p. 08) - possui uma existência empírica, para além da linguagem. A linguagem constitui a realidade do Direito. Destarte, a utilização de uma linguagem técnica, jurídica, é uma forma de delimitar aquilo que pertence ao sistema, diferenciando-o do seu objeto mesmo, tal qual a linguagem natural apresenta-se para a realidade em que vivemos.

Assim, somente as proposições elaboradas mediante a linguagem autorizada, e a ação da autoridade competente, seguindo o procedimento previsto pelo próprio sistema – o que Kelsen (2006, p. 79-80 e 218 e ss.) denominou de caráter dinâmico<sup>10</sup> do ordenamento jurídico – é que integram o direito posto.

---

escreveu uma espécie de manifesto bem-humorado sobre suas dificuldades em aprender a língua alemã, intitulado “A terrível língua alemã” (tradução livre), no qual observa curioso: “Em alemão, a jovem menina não tem sexo, enquanto o nabo tem” (“In German, a young lady has no sex, while a turnip has”). Isso somente faz sentido no contexto próprio da língua alemã, em que “menina”, por uma decisão arbitrária do cientista, pertence ao gênero denominado “neutro”, ao passo que o nabo pertence ao gênero feminino. Outrossim, essa mesma situação é observada com outras palavras, em especial com coisas e objetos, que têm a si atribuído um gênero por mera escolha linguística. “Nabo”, que é um substantivo masculino na língua portuguesa, como dito, é um substantivo feminino na língua alemã – diferenciação essa que não decorre de qualquer característica específica do objeto, mas de mera determinação da língua, de uma convenção.

<sup>9</sup> As numerosas expressões regionais que encontramos no Brasil são uma pequena amostra disso. No Espírito Santo, por exemplo, por vezes não são compreendidas – ou pior, são mal compreendidas por pessoas de outras regiões (“pocar”; “ir para o rock”, “taruíra” são alguns exemplos).

<sup>10</sup> A respeito da distinção entre as teorias jurídicas estática e dinâmica, Kelsen (2006, p. 79-80) explica: “Conforme o acento é posto sobre um ou sobre o outro elemento desta alternativa: as normas reguladoras da conduta humana ou a conduta humana regulada pelas normas, conforme o conhecimento é dirigido às normas jurídicas produzidas, a aplicar ou a observar por atos de conduta humana ou aos atos de produção, aplicação ou observância determinados por normas jurídicas, podemos distinguir uma teoria estática e uma teoria dinâmica do Direito. A primeira tem por objeto o Direito como um sistema de normas em vigor, o Direito no seu momento estático; a outra tem por objeto o processo jurídico em que o Direito é produzido e aplicado, o Direito no seu movimento. Deve, no entanto, observar-se, a propósito, que este mesmo processo e, por sua vez, regulado pelo Direito. E, com efeito, uma característica muito significativa do Direito o ele regular a sua própria produção e aplicação. [...] Por isso, os atos de produção e de aplicação (que, como veremos, também é ela própria produção) do Direito, que representam o processo jurídico, somente interessam ao

### **1.3 Do objeto da decisão de inconstitucionalidade: a validade normativa (vigência) e a validade da lei**

#### **1.3.1 VALIDADE COMO RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA**

Primeiramente, temos de definir no que entendemos consistir a validade, conceito este que comporta diversas acepções, a partir de referenciais teóricos distintos.

Nessa toada, faz-se mister destacar que, sem negar a importância dos outros planos normativos, limitar-nos-emos à apreciação dos planos da validade da lei e da validade normativa, também chamada de vigência, em razão de entendermos serem estes os níveis que oferecem maior riqueza para o tema analisado.

Assim, o entendimento ora defendido constrói-se sobre ombros de gigantes, em busca de um novo horizonte. Alicerça-se o presente trabalho nas linhas gerais traçadas por Hans Kelsen a respeito do conceito de validade, que em muito coincidem com as ideias de Herbert Hart, Norberto Bobbio e Paulo de Barros Carvalho.

Delimitar o sentido da palavra “validade” é premissa essencial para tornar compreensível a própria definição de ordem jurídica, que conceituamos como o conjunto de normas jurídicas *válidas* em dado espaço de tempo e em determinado espaço (MOUSSALLEM, 2006, p. 167). Cumpre reforçar que, a partir da concepção de norma jurídica ora adotada, a expressão “norma jurídica válida” caracteriza uma tautologia, visto que só é norma jurídica o preceito que integra o ordenamento jurídico, que presume válidos os enunciados albergados no bojo do sistema.

Assim, da mesma forma que a verdade é uma relação entre duas proposições, ou seja, envolve o congraçamento de uma pré-interpretação com um enunciado posterior, “a validade é a relação de concordância entre a norma e sistema do direito

---

conhecimento jurídico enquanto formam o conteúdo de normas jurídicas, enquanto são determinados por normas jurídicas. Desta forma, também a teoria dinâmica do Direito é dirigida a normas jurídicas, a saber, àquelas normas que regulam a produção e a aplicação do Direito”.

positivo, de acordo com o(s) critério(s) adotado(s) pelo cientista do direito” (MOUSSALLEM, 2006, p. 168). O conceito de validade, assim, guarda estreita correlação com os critérios de referência adotados quando dessa comparação, ou, em outros termos, “o conceito de validade varia de acordo com o jogo de linguagem jogado pelo sujeito cognoscente.” (MOUSSALLEM, 2006, p. 168)

A validade, então, envolve uma relação de pertença, de pertinência a determinado sistema tomado por referência. Desta feita, no sistema jurídico, válidas são aquelas normas que preenchem os critérios eleitos pelo cientista para identificar uma norma como tal.

Sob o prisma da visão sintática<sup>11</sup> de validade, uma norma será válida quando produzida por agente competente, segundo o procedimento adequado, ou seja, nos termos do procedimento previsto pelo sistema para sua criação.

Além disso, o sistema jurídico, entendido como ordem que visa a regular condutas, para ser efetivo, deve estar apto a vincular os jurisdicionados às suas disposições. Em regra, inclusive, prevê a aplicação de sanções em caso de descumprimento de seus preceitos.

Tendo-se em conta essa necessidade, bem como o fato das leis e atos normativos serem criados por sujeitos autorizados para tanto, nos moldes legalmente previstos, o produto dessa atividade criativa tem sua autoridade resguardada pelo princípio da presunção de legalidade<sup>12</sup>, que o cobre com o manto da validade, ou seja, avaliza a pertença ao sistema de toda norma editada pela autoridade que detém a competência para tanto<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Cumpre lembrar que o plano sintático privilegia a análise do relacionamento que os símbolos linguísticos mantêm entre si, no interior do sistema de referência. Por questões de corte metodológico, este será o prisma predominante de análise no presente trabalho. A perspectiva semântica da validade enfatiza a análise da relação entre a linguagem do sistema e a linguagem da realidade social, ao passo que o ângulo pragmático valoriza a análise da aceitabilidade da norma jurídica como tal (MOUSSALLEM, 2006, 173-175)

<sup>12</sup> “[...] não há como aferir a validade sintática da norma (perspectiva estática), requer-se, aí, o princípio da presunção da validade das normas jurídicas: é válida toda norma posta por órgão credenciado pelo sistema, independente do procedimento de sua produção” (SANTI, 1996, p. 71).

<sup>13</sup> Tárek Moyses Moussallem denomina essas normas que retiram a validade de outra de “normas de revisão sistêmica”, referindo-se a todas as normas que promovem uma revogação em sentido amplo. Nessa toada, admite que o Poder Judiciário também pode editar normas de revisão sistêmica,

Nota-se, dessarte, que toda norma que ingressou no sistema pela ação do agente competente deve ser entendida como norma válida até que outra autoridade competente, mediante o procedimento previsto para tanto promova sua exclusão do sistema jurídico<sup>14</sup>.

Nos termos da teoria desenvolvida por Hans Kelsen, as normas de uma ordem jurídica têm sua validade determinada de acordo com as regras do próprio ordenamento em que se inserem; é o sistema que determinará o começo e o fim da validade das normas jurídicas que o integram e, no caso de constituições escritas, é comum que haja um procedimento específico para sua alteração. Uma norma apenas perde sua validade pelo modo determinado pelo próprio sistema – esse é o conteúdo daquilo que Kelsen denominou de princípio da legitimidade:

O princípio de que a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem é o princípio da legitimidade. (KELSEN, 2006, p. 233-235)

De mais a mais, a efetividade é o que limita e também o que embasa a legitimidade, visto que esta última pressupõe que o sistema seja eficaz. A eficácia é uma condição de existência do próprio sistema e de suas normas. A ordem jurídica é efetiva quando suas normas são observadas e aplicadas, ou seja, quando seus preceitos são, de modo geral, eficazes. Já a validade, esta remete ao processo de criação da norma, sua positivação a partir de um processo de criação consciente do próprio direito, que se expressa, por excelência, no processo legislativo (KELSEN, 2006, p. 217).

E é exatamente a partir dessa presunção de validade de que gozam as leis e atos normativos, característica que remonta à própria edição do ato e que perdura até que outro ato retire-os do mundo jurídico, que se torna viável e, infelizmente, por

---

“revogando” determinada lei ou ato normativo, seja pela via do controle difuso, seja pelo controle concentrado de constitucionalidade. (MOUSSALLEM, 2006, p. 201)

<sup>14</sup> Assim, ainda que a norma tenha sido produzida em desconformidade com o procedimento previsto pelo ordenamento, mas editada por agente credenciado pelo sistema, ela ingressa no ordenamento, sendo, portanto, válida. Somente deixará de ser válida quando o próprio sistema do direito positivo, por meio das normas de revisão sistêmica (revogação em sentido amplo), a retira do sistema. (MOUSSALLEM, 2006, p. 176)

vezes comum, que sejam, por meio dos mais diversos veículos introdutórios previstos em nosso sistema, criados tributos teratológicos, mas que são exigíveis até que o Poder Judiciário reconheça a invalidade desses atos, tornando possível a desoneração do contribuinte, acompanhada, algumas vezes do direito de restituição do indébito (MOUSSALLEM, 2006, p. 178-179).

No que tange ao conceito de validade para Kelsen, Geovany Jevaux (2015, p. 251) adverte, ainda, que “essa ‘positivação’ da norma não é o único pressuposto da validade, exigindo-se que tenha um ‘mínimo de eficácia’, que vem a ser a incidência prática da norma no cotidiano jurídico”.

Em conclusão da advertência esposada, para Kelsen, as normas jurídicas não são verídicas ou inverídicas, mas válidas ou inválidas (2006, p. 82). Para ele, afirmar que uma lei válida é contrária à Constituição é uma contradição em seus próprios termos (2006, p. 300), pois, se é norma, necessariamente, é dotada de validade e, se retirada sua validade, em razão de sua incompatibilidade com o Texto Maior, o preceito deixa de ser norma. Se o preceito não encontrar fundamento de validade na Constituição, então não será uma lei. E, em sendo uma lei, somente poderá ser considerada inconstitucional, ou seja, somente lhe poderá ser retirada a validade por um outro ato, segundo o procedimento previsto no texto constitucional.

No entanto, por certo, a Constituição restringe a competência para a decisão a respeito da avaliação de compatibilidade da norma com os preceitos constitucionais. Se houvesse uma ampla abertura desta competência, haveria um sério problema de efetividade do sistema jurídico, pois dificilmente haveria uma lei com aptidão para obrigar os jurisdicionados e demais órgãos judiciais.

Por todo o exposto, se determinado enunciado é positivado no ordenamento, por meio de sua enunciação por parte da autoridade competente, mediante o procedimento adequado, e se este mesmo preceito produziu efeitos na ordem jurídica (também no mundo empírico), sua expulsão do sistema jurídico condiciona-se ao pronunciamento de outra autoridade, igualmente competente, seguindo os trâmites previstos no próprio sistema.



Do ponto de vista ontológico, a ordem jurídica é composta por normas jurídicas, que são prescrições, ou seja, comandos, permissões e atribuições de competência. O sistema é essencialmente deontológico, refere-se ao mundo do “deve-ser”. O Direito é uma ordem de conduta humana e, mais especificamente, uma ordem coativa. Ou seja, sua peculiaridade em relação às ordens sociais, éticas e morais reside, dentre outras, justamente em seu caráter vinculante e na sua capacidade coercitiva. Hans Kelsen (2006, p. 38) explica:

O Direito é uma ordem coativa, não no sentido de que ele – ou, mais rigorosamente, a sua representação – produz coação psíquica; mas, no sentido de que estatui atos de coação, designadamente a privação coercitiva da vida, da liberdade, de bens econômicos e outros, como consequência dos pressupostos por ele estabelecidos.

O sistema jurídico, portanto, dirige-se às condutas humanas, que podem ser permitidas, desejadas ou proibidas. E é o próprio Direito que detém o monopólio da coação; a ordem jurídica autoriza determinados sujeitos a aplicar, em certas circunstâncias, a consequência jurídica prevista pelo ordenamento para a prática de uma conduta. Daí advém seu caráter vinculante. Aquilo que conecta a hipótese com a consequência, ou seja, o dever jurídico, “abrange as três competências: a de um ser-prescrito, a de um ser-competente (ser-autorizado) e a de um ser-(positivamente)-permitido das consequências” (KELSEN, 2006, p. 87).

### 1.3.2 O OBJETO DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Conceituamos a validade como uma relação de pertinência das normas ao sistema jurídico. Ocorre que a validade é uma qualidade que pode ser atribuída a todos os planos de manifestação do direito positivo. Nesse sentido, Tárek Moyses Moussallem (2005, p. 135-136) explica:

Analisada sob a perspectiva dos subsistemas do direito positivo proposto por Paulo de Barros Carvalho – (a) S1 – o subsistema das formulações literais, ou seja, o conjunto dos enunciados prescritivos (produto das enunciações); (b) S2 – o subsistema de significações isoladas de enunciados prescritivos e (c) S3 – o subsistema das normas jurídicas –,

pode-se falar em '(i) validade do texto, (ii) validade do sentido da significações e (iii) validade das normas jurídicas<sup>15</sup>'.

Desse modo, torna-se necessário investigar para qual dos subsistemas do direito positivo a decisão de inconstitucionalidade se dirige e quais as implicações geradas no ordenamento. Antes disto, porém, para a compreensão do presente trabalho, cumpre trazer ao debate o artigo 102, inciso I, alínea "a" da Constituição Federal, dispositivo que regulamenta a competência do Supremo Tribunal Federal em processar e julgar, originariamente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade de *lei ou ato normativo*. Também o artigo 3º da Lei nº 9.868/1999 deixa claro que o objeto da impugnação, em sede de controle abstrato será o dispositivo de uma lei ou ato normativo.

Desde a mudança de paradigma operada pelo constitucionalismo moderno e pelo giro linguístico em especial no decorrer do século XX, torna-se fácil perceber que, não obstante a nomenclatura contemplada pelos enunciados supratranscritos, o objeto da apreciação promovida pela Corte Constitucional no exercício do controle abstrato é, na verdade, a norma jurídica, é o resultado da interpretação construída pelo ser cognoscente a partir do suporte físico, ou seja, a partir da lei ou ato normativo<sup>16</sup>. as decisões anteriormente proferidas pelo intérprete. Em outras palavras, a norma é a significação produzida pelo hermeneuta a partir de um determinado suporte físico (texto legal)<sup>17</sup>.

É justamente por isso que é possível o emprego de técnicas tais como a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto e da interpretação conforme a Constituição<sup>18</sup>. Isso ocorre precisamente nos casos em que "pelo menos uma das

---

<sup>15</sup> Curial destacar que, no presente trabalho, adotamos "norma jurídica" em sua acepção ampla, de modo que, para os fins aqui propostos, as expressões "validade do sentido ou das significações" e "validade das normas" são equivalentes.

<sup>16</sup> Robson Maia Lins (2005, p. 47) explica que, em geral, as "técnicas" do controle concentrado de constitucionalidade "são investigações de natureza semântica, em que a finalidade é divisar as acepções em conformidade e as contrárias à Carta Magna".

<sup>17</sup> "Norma jurídica, portanto, é significação e não suporte físico. Não se confunde com os textos de lei (em sentido amplo). É sim, a significação construída a partir do suporte físico (o texto do direito positivo), mas não está contida nele, deste modo, caberá a cada intérprete uma significação diversa, uma norma jurídica construída de forma diferente." (SOUZA, 2011, p. 01)

<sup>18</sup> Dirley da Cunha Júnior (2015, p. 01) tece breve, mas esclarecedora, distinção entre ambas as técnicas de decisão: "Com base na técnica da 'interpretação conforme a Constituição', que somente se aplica em face de normas polissêmicas ou plurissignificativas (normas que ensejam diferentes possibilidades de interpretação), o órgão de controle elimina a inconstitucionalidade excluindo

normas jurídicas construídas a partir da lei (ou ato normativo) arguida de inconstitucional está em consonância com o ordenamento jurídico” (LINS, 2005. p. 841). Nestas hipóteses, a decisão de inconstitucionalidade afeta precisamente o tempo e o espaço em que a norma jurídica terá força para regulamentar condutas<sup>19</sup>, que nada mais é que a própria vigência do preceito (MOUSSALLEM, 2006, p. 146). Desse modo, pode-se dizer que, *a priori*, o objeto do pronunciamento é a vigência da norma (ou validade normativa). Em certos casos, admite-se, ainda, mesmo que o preceito perca sua vigência, ele preserve seu vigor, especificamente com relação aos fatos ocorridos sob sua égide<sup>20</sup>.

Por certo, a interpretação, apesar de ser uma atividade ampla, a cargo do hermeneuta, não é ilimitada; ela encontra limites no próprio enunciado positivado

---

determinadas ‘hipóteses de interpretação’ (exclui um ou mais sentidos inconstitucionais) da norma, para lhe emprestar aquela interpretação (sentido) que a compatibilize com o texto constitucional. Essa técnica foi empregada, por exemplo, no julgamento da ADI 4.277, na qual o STF reconheceu as uniões homoafetivas como entidades familiares, quando atribuiu ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição para dele ‘excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar’.

Já a técnica da ‘declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto’ tem sido utilizada para afastar determinadas “hipóteses de aplicação ou incidência” da norma, que aparentemente seriam factíveis, mas que a levaria a uma inconstitucionalidade, porém sem proceder a qualquer alteração do seu texto normativo. Aqui já não se está afastando meros sentidos interpretativos da norma, mas subtraindo da norma determinada situação, à qual ela em tese se aplicaria. Essa técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto foi aplicada no julgamento da ADI 1.946, na qual o STF declarou a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 14 da EC 20/98 (que instituiu o teto para os benefícios previdenciários do RGPS), para excluir sua aplicação ao benefício do salário maternidade (licença gestante), que deve ser pago sem sujeição a teto e sem prejuízo do emprego e do salário, conforme o art. 7º, XVIII, da CF”.

<sup>19</sup> Apesar das semelhanças entre ambas as técnicas de decisão de inconstitucionalidade - interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto – “em rigor, somente nesta última hipótese há declaração de inconstitucionalidade das acepções (que são normas jurídicas) incompatíveis com a constituição. Na interpretação conforme a Constituição, não há declaração de inconstitucionalidade das outras acepções construídas a partir do texto normativo, mas declaração de constitucionalidade de uma acepção (que também é norma jurídica!)” (LINS, 2005, p. 146-147).

<sup>20</sup> Nesse sentido, Tárek Moyses Moussallem (2005, p. 144-145) ressalta que, “Embora tratados muitas vezes como sinônimos, deve-se atentar para a diferença entre vigência e vigor. Tércio Sampaio Ferraz Júnior define o conceito de ‘vigor’ como ‘qualidade da norma que diz respeito a sua força vinculante, isto é, à impossibilidade de os sujeitos subtraírem-se a seu império’. Com isso, o professor paulista quer dizer que a norma jurídica, mesmo após ter perdido sua vigência (para o futuro), mantém seu vigor (para o passado) sobre os fatos ocorridos sob sua égide. Em termos mais preciso, uma norma N1 válida e vigente no SDP1 [sistema de direito positivo 1], cujos elementos são N1, N2 e N3, pode ser aplicada no tempo t2 quando válido e vigente o SDP2, cujos elementos são N2, N3 e N4. [...] O ordenamento jurídico mantém a força ilocucionária de N1 para os fatos ocorridos em t1, mesmo que seja aplicada apenas no tempo t2. [...] Mediante atos de fala, o direito, no tempo t2, constitui o presente das coisas passadas (t1)”.

pelo sistema<sup>21</sup>. O intérprete deve manter o sentido originário do texto como referência para sua aplicação. Dessa forma, quando todas as significações que puderem ser produzidas a partir daquele suporte físico forem de encontro com as disposições constitucionais não será possível valer-se das técnicas de controle que aproveitam a moldura do enunciado legal, de modo que o próprio texto deve ser retirado do sistema. Neste caso, portanto, a inconstitucionalidade de todas as interpretações que podem se originar de um mesmo texto normativo implica na necessidade de se retirar do sistema jurídico o suporte físico a partir do qual estas normas foram produzidas, de modo que a incompatibilidade com a Constituição, neste caso, opera mudanças no plano não só da significação, atingindo a validade normativa (vigência), como, também, na validade próprio texto legal.

Torna-se, pois, patente que o texto normativo, ainda que posteriormente reputado inconstitucional, não pode ser considerado inexistente, visto que, até a sua retirada no mundo jurídico, vigorou validamente no sistema, com aptidão para produzir efeitos nos fatos da vida, qualificando estes fatos como jurídicos. Desse modo, apenas quando não se faz possível o emprego de técnicas que preservem incólume o texto da lei, adequando a interpretação aos ditames da Carta Maior, é que o juízo acerca da constitucionalidade encontra-se situado no plano da validade do suporte físico.

Além disso, por ser a interpretação um fenômeno tempo-espaco-cultural, a norma que hoje se constrói a partir de um determinado texto legal é, provavelmente, diferente daquela que foi feita anos atrás partindo do mesmo suporte físico e também da que será feita daqui a alguns anos, após diversas transformações sociais<sup>22</sup>. Sendo a interpretação um processo intertextual e inesgotável<sup>23</sup>, é certo

---

<sup>21</sup> Eros Roberto Grau (2006, p. 32-33) exemplifica esta afirmativa com a metáfora da Vênus de Milo, supondo que estátuas da deusa tenham sido encomendadas a três experientes escultores. Todos eles manter-se-ão fiéis à figura da deusa, mas, em cada caso, ela terá contornos distintos, pois são o retrato da figura mitológica aos olhos de cada um dos três intérpretes. Isso comprova que não é apenas uma a figura que pode ser produzida a partir da mesma obra grega.

<sup>22</sup> Por exemplo, a interpretação dada pelo STF ao art. 1.723 do CC no julgamento da ADIn 4277 e a ADPF 132, autorizou o casamento entre homens e mulheres do mesmo sexo. Poucos anos atrás, talvez o resultado teria sido diverso, sobretudo se considerarmos o Código Civil de 1916, que refletia uma sociedade patriarcal e rígida nas relações sociais.

<sup>23</sup> A interpretação possui, segundo Paulo de Barros Carvalho, dois axiomas essenciais: intertextualidade e inesgotabilidade. A intertextualidade consiste no intenso diálogo que os textos mantêm entre si e a inesgotabilidade reflete a ideia de que todo texto pode ser reinterpretado, pois a

que eventuais transformações no processo hermenêutico podem ensejar mudanças na própria norma jurídica, de modo que, também nesses casos, há de se ter especial cuidado jurídico com os eventuais efeitos dessa transformação.

Nesse sentido, Themístocles Brandão Cavalcanti (1966, p. 74) observa, ainda, que a evolução da conjuntura deve ser igualmente considerada na apreciação da constitucionalidade, tendo em vista que é necessário que a legislação – e sua interpretação – se ajuste às reformas sociais e às necessidades da evolução da conjuntura econômica, social e política. O direito imanente da Constituição cresce sob o teto ou sobre o solo da Constituição na *res publica* (HÄBERLE, 1974, p. 114-115), ou seja, no contexto social vigente à época da sua aplicação.

Assim, pode-se observar que a decisão de inconstitucionalidade sempre envolverá a norma, enquanto resultado da interpretação produzida a partir do texto legal. Quando não for possível o emprego de técnicas que promovam o aproveitamento do ato editado, conformando-o aos ditames da Constituição Federal, haverá efetivo conflito entre o preceito legal analisado e o texto constitucional, de modo que o embate deve ser resolvido no plano da validade<sup>24</sup>.

No presente trabalho, maior ênfase será dada às hipóteses de decisão de inconstitucionalidade com pronúncia de nulidade do texto impugnado. No entanto, há de se consignar, desde logo, que, tanto a decisão de inconstitucionalidade que afeta uma ou algumas das interpretações de um determinado enunciado normativo, quanto aquela que atinge todos eles – operando, assim, no plano da validade da proposição legal – representam inovação na ordem jurídica, de modo que demandam cuidado jurídico com seus efeitos. Por isso, o raciocínio ora traçado, ressalvadas algumas peculiaridades, também poderá ser empregado em muitos dos casos em que a decisão de inconstitucionalidade não retira propriamente o texto legal do sistema – o que pode ocorrer tanto com relação às técnicas diferenciadas de inconstitucionalidade já enumeradas, como, também, nas hipóteses em que o controle é exercido pelo Supremo Tribunal Federal na via difusa, situação na qual,

---

interpretação é infinita, jamais restrita a um determinado campo semântico. (CARVALHO, P. B, 2011, p. 196-197)

<sup>24</sup> Tárek Moussallem explica (2005, p. 136): “A validade do enunciado prescritivo é condição suficiente e necessária para a validade das proposições isoladas e das normas jurídicas. Pode haver validade do enunciado sem que haja validade das proposições isoladas e das normas jurídicas, mas não pode haver validade destas duas últimas sem a validade do primeiro”.

em que pese não se operar, de plano, qualquer mudança no suporte físico da prescrição, cria-se uma expectativa de direito nos jurisdicionados que se encontram em situação jurídica semelhante<sup>25</sup>.

Muito embora a constante e irrefreável mudança da realidade com o passar do tempo, e a necessidade das decisões judiciais acompanharem este caminhar da sociedade, da vida, não se pode esquecer o caminho trilhado até o momento do julgamento, a história construída por cada intérprete, cada Tribunal. É, portanto, preciso deixar claro como era antes, por que mudou e como ficará. Justamente por saber que a construção da norma pode variar no tempo, o jurisdicionado não pauta sua conduta apenas no que está expressamente consignado no dispositivo legal, mas, também, pelo sentido e alcance que lhe conferem os aplicadores no sistema.

#### **1.4 Breve esboço histórico do controle de constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro**

Considerando-se que a decisão de inconstitucionalidade retira a própria validade da norma objeto de controle, e extirpa do sistema a lei ou ato normativo impugnado, é de suma importância a definição de seus efeitos temporais.

Para tanto, há de se tecer um breve esboço histórico da evolução do sistema de controle de constitucionalidade no contexto pátrio, com o fito de melhor explanar quais influências foram decisivas na formação e transformação do sistema de controle ao longo do tempo, de modo a possibilitar a compreensão da evolução da matéria desde sua criação até os dias atuais, evidenciando suas raízes históricas, o que é um dos pilares para a construção de um raciocínio coerente acerca do modelo contemporâneo de controle de constitucionalidade.

Iniciando a breve análise, infere-se que, na época do império, não havia mecanismos de controle. Por influência da cultura jurídica francesa, as leis eram

---

<sup>25</sup> Essa noção de expectativa de direito é reforçada pela tradicional postura do Senado Federal, que não costuma exercer a competência que lhe foi delegada pelo artigo 52, X da Constituição Federal, que diz competir ao órgão legislativo “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

vistas como uma expressão da vontade geral<sup>26</sup>, como os alicerces da Constituição. Ademais, em 1824, havia ainda um quarto poder, o Poder Moderador<sup>27</sup>, o que tornava o monarca um soberano dentro do Estado, um verdadeiro árbitro dos três poderes.

Já na era republicana, foi editada a Constituição Federal de 1891, notadamente idealizada por Rui Barbosa, que importou diversos elementos do Estado norte-americano, inclusive o controle de constitucionalidade, que foi concebido como um controle difuso, incidental, judicial e repressivo. Havia, inclusive, a clara consciência de que não poderia ser feito em abstrato, pois os órgãos judiciais não se destinavam a ser órgãos consultivos; o poder conferido ao Judiciário seria hermenêutico e não legislativo (MENDES, 2011, p. 1096).

A Constituição Federal de 1891 destacou que o Supremo Tribunal Federal detinha a competência de rever as decisões dos tribunais estaduais que questionassem a validade ou a aplicação de leis ou tratados federais, bem como de leis ou atos locais, em desconformidade com a Constituição, nos termos de seu artigo 59, §1º, *a* e *b*. Obtempera-se ainda que o controle a ser realizado pela magistratura somente se daria em casos concretos e por meio de intervenção das partes (MENDES, 2011, p. 1094-1095).

---

<sup>26</sup> Essa noção tinha clara inspiração no pensamento das teorias jusnaturalistas contratualistas. Para Rousseau, “[...] o fundamento da obediência não vem a ser o poder do soberano, senão a vontade de todos exercida eventualmente pelo titular do governo” (JEVEAUX, 2015, p. 52).

<sup>27</sup> Constituição Federal de 1824: “Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos.

Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador

I. Nomeando os Senadores, na fórma do Art. 43.

II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Imperio.

III. Sanccionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62.

IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87.

V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando immediatamente outra, que a substitua.

VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado.

VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154.

VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença.

IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado”.

De maneira a regulamentar a matéria de infraconstitucional, estendendo-se claramente a competência para o exercício do controle de constitucionalidade para todos os juízes e tribunais, o art. 13, § 10, a, da Lei nº 221, de 1894, assim determinou:

Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.

Interessante destacar que, nessa época, já haviam se passado cerca de cem anos do emblemático caso do direito estadunidense, *Marbury vs. Madison*, datado de 1803. No entanto, no cenário nacional e, tendo-se em conta que até então nosso direito tinha inspiração predominantemente francesa, poucos juízes sequer conheciam o mecanismo de controle de constitucionalidade, tendo sido, inclusive, instauradas ações penais contra aqueles magistrados que exerciam o controle<sup>28</sup>.

A Constituição Federal de 1934, por sua vez, apesar de ter sido breve, foi bastante relevante, pois, dentre outras inovações, trouxe para a ordem jurídica a previsão da reserva do Plenário, segundo a qual somente pela maioria de seus membros podem os tribunais declarar a inconstitucionalidade das leis. É um instrumento de reforço da presunção de constitucionalidade de que gozam as leis, pois torna mais difícil a decisão de invalidação, prevenindo-se, ainda, a permanência de uma insegurança jurídica, advinda das constantes mudanças de entendimento dos tribunais (MENDES, 2011, p. 1096).

Ademais, referido texto constitucional deu ao Senado Federal competência para suspender a eficácia da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, conferindo efeitos vinculantes *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade. Isso porque, ao incorporar a teoria americana do controle de constitucionalidade, o constituinte de 1891 deixou de lado uma importante peça do mecanismo de controle: o *stare decisis*<sup>29</sup>, princípio implícito no *common law*, que torna as decisões da Suprema Corte vinculantes às demais instâncias. Os regimes

---

<sup>28</sup> “Em 1896, juízes e desembargadores, do Norte ao Sul do país, já respondiam criminalmente a processo por haverem declarado a inconstitucionalidade de leis federais e estaduais”. (RODRIGUES, 1965, 37-8)

<sup>29</sup> A expressão em latim significa, basicamente, “está decidido”.



de *civil law*, por sua vez, operam de modo distinto, baseado na eficácia *inter partes* das decisões em geral, inclusive a da Suprema Corte, o que, no sistema brasileiro, com a incorporação do controle difuso, incidental, judicial e repressivo, gerava um caos, principalmente nas questões de massa. Verificavam-se sérias ameaças à segurança jurídica e à isonomia – garantias que, enquanto poder do Estado que é, o Poder Judiciário também tem o compromisso de proteger.

A exigência de suspensão da lei pelo Senado, após a decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal refletia uma visão ortodoxa da separação de poderes e, como se não bastasse, essa prática não teve grande aderência, tanto por parte do órgão judiciário, quanto por parte da casa legislativa, motivo pelo qual não se revelou eficaz no contexto jurídico pátrio.

Ato contínuo, dentre as inovações mais relevantes, a Constituição de 1934 trouxe também a representação interventiva, que era uma ação direta – a primeira prevista em nosso ordenamento – que tinha por escopo específico submeter à apreciação do Supremo Tribunal Federal as leis e atos normativos estaduais ou municipais que o Procurador Geral da República reputasse abusivas. Nesse sentido, torna-se imperioso destacar a acuidade que o constituinte da época teve em atribuir ao Poder Judiciário um poder eminentemente jurídico, vedando, de acordo com o seu artigo 68, o conhecimento de questões eminentemente políticas (MENDES, 2011, p. 1098).

Por fim, é interessante notar que, já em virtude da forte influência dos trabalhos de Hans Kelsen para a construção de um sistema de controle de constitucionalidade, na Constituinte de 1934, chegou a ser apresentado uma proposta de criação de uma Corte Constitucional, sendo que esta poderia ser provocada a se manifestar por qualquer cidadão. O projeto ressaltava ainda, calcado nos trabalhos do jurista austríaco, a importância do desenvolvimento de uma jurisdição constitucional (MENDES, 2011, p. 1098).

Com o advento do “Estado Novo”, foi editada a chamada Constituição Polaca, em 1937, que cristalizava em suas disposições o autoritarismo do governo, apresentando graves retrocessos para o sistema de controle de constitucionalidade. Permitia, sob o véu de razões democráticas, que o Parlamento suspendesse a

eficácia da decisão do STF que declarasse a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, como se fosse uma espécie de revisão constitucional (MENDES, 2011, p. 1098). No entanto, como o Congresso estava fechado, a competência era exclusiva do governante, Getúlio Vargas.

A despeito disto, no campo doutrinário, havia adeptos desta possibilidade de revisão constitucional, como, por exemplo, Cândido Motta Filho (*apud* MENDES, 2011, p. 1099), ao afirmar que:

A subordinação do julgado sobre a inconstitucionalidade da lei à deliberação do Parlamento coloca o problema da elaboração democrática da vida legislativa em seus verdadeiros termos, impedindo, em nosso meio, a continuação de um preceito artificioso, sem realidade histórica para nós e que, hoje, os próprios americanos, por muitos de seus representantes doutíssimos, reconhecem despido de caráter de universalidade e só explicável em países que não possuem o sentido orgânico do direito administrativo, Leone, em sua *Teoría de la política*, mostra com surpreendente clareza, como a tendência para controlar a constitucionalidade das leis é um campo aberto para a política, porque a Constituição, em si mesma, é uma lei *sui generis*, de feição nitidamente política, que distribui poderes e competências fundamentais.

A Constituição de 1946, por sua vez, marcou o retorno da democracia e, por conseguinte, restabeleceu o sistema de controle da Constituição de 1934, que permaneceu difuso, com apenas algumas sutis inovações<sup>30</sup>.

Durante o período de vigência da Constituição de 1964, o Supremo Tribunal Federal cumpriu relevante papel para a evolução do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, uma vez que ainda não existiam parâmetros predefinidos para a aplicação do controle de constitucionalidade. Nesse aspecto, destaca-se que o STF procurou estabelecer a extensão, a executoriedade e a conclusividade de seus julgados, reiterando-se ainda a excepcionalidade ínsita à

---

<sup>30</sup> “O modelo predominantemente difuso prossegue na Constituição de 1946, em sua redação original, ao se repetirem as regras da competência do STF para os recursos extraordinários (art. 101, III), da maioria absoluta nos tribunais para a decretação de inconstitucionalidade (art. 200) e da suspensão, pelo Senado, de lei ou decreto (não mais “...ato, deliberação ou regulamento...” ) proclamado inconstitucional pelo STF (não mais “...pelo Poder Judiciário) (art. 64). No que se refere à intervenção federal, nos casos de agressão a princípios constitucionais (art. 7º, VII), o ato de chancela do STF ao ato interventivo muda em dois aspectos: 1) deixa de ser feito *a posteriori*, e passa a ser feito *a priori*, preventivamente; 2) dirige-se ao ato de agressão àqueles princípios constitucionais, e não ao ato interventivo”. (JEVEAUX, 2015, p. 224)

decretação de inconstitucionalidade das leis ou atos, diante da autonomia legislativa e administrativa vigentes no país (MENDES, 2011, p. 1102).

Com o advento da Ditadura Militar, a partir de 1964 a ordem jurídica pátria passou por sucessivas transformações, promovidas sobretudo pelos chamados Atos Institucionais, editados pelo governo militar. Em especial o Ato Institucional nº 02 possibilitou que os militares garantissem ampla representação tanto no Poder Legislativo, quanto no Judiciário, além de ampliar os poderes do Chefe do Executivo<sup>31</sup>.

A Emenda Constitucional nº 16/1965 previu a representação de inconstitucionalidade, uma ação direta de inconstitucionalidade genérica que marca o início da existência de um modelo misto de controle de constitucionalidade<sup>32</sup>.

A Constituição Federal de 1967 e a Emenda Constitucional nº 01/1969, esta última também considerada uma verdadeira Constituição, consagraram originariamente o modelo misto de controle de constitucionalidade, com a previsão de alguns dos institutos já presentes nas ordens constitucionais anteriores.

De mais a mais, a Emenda nº 07/1977 inseriu no sistema constitucional a chamada *representação para fins de lei ou ato normativo federal ou estadual*, também de competência do Procurador Geral da República para tirar o Supremo Tribunal

---

<sup>31</sup> “Do rol de medidas dos dois primeiros Atos Institucionais, verifica-se o enfraquecimento do sistema de freios e contrapesos, bem como a manutenção meramente formal da Constituição de 46, uma vez que o Comando da Revolução tinha poderes para sumariamente cassar direitos políticos, aposentar e demitir juízes, sem que houvesse a possibilidade de discussão judicial desses atos. A ampliação do número de ministros do STF foi também uma medida autoritária com a clara intenção de, mediante a nomeação de 5 ministros de uma só vez para a Suprema Corte, ter a maioria do Tribunal alinhada aos interesses da revolução. Do ponto de vista constitucional, não havia, portanto, na prática, quaisquer limites ao Comando da Revolução, e a Constituição, lembrando a classificação ontológica de Loewenstein, era apenas semântica. A afirmação de que o poder constituinte não se exauriu, formulada no preâmbulo do AI-2, deixou clara a ideia de que a revolução tudo podia, em nome do interesse dos ‘verdadeiros brasileiros’”. (BEDÊ JUNIOR, 2013, p. 164-165)

<sup>32</sup> Clèmerson Merlin Clève (1995, p. 70) observa: “Não deixa de ser curioso o fato de a representação genérica de inconstitucionalidade ter sido instituída em nosso país pelo regime militar, especialmente, porque esse mecanismo, contrariando a dinâmica de qualquer ditadura, pode prestar-se, se bem manejado, admiravelmente para a proteção e garantia dos direitos fundamentais”. O que pode parecer uma contradição em um primeiro momento – a manutenção do controle de constitucionalidade em um contexto de regime autoritário e voraz – torna-se compreensível quando a EC nº 16/1965 é cotejada com o AI-II, editado apenas dois meses antes da alteração do texto constitucional: antes de aumentar os poderes da Corte Maior, o governo já havia garantido maioria no Supremo Tribunal Federal.

Federal da inércia, com o intuito de, nos termos de sua exposição de motivos, “evitar a proliferação de demandas, com a fixação imediata da correta exegese da lei” (MENDES, 2011, p. 1105). A referida Emenda ainda regulamentou a competência do Supremo Tribunal Federal para deferir pedido de cautelar, elaborado pelo Procurador Geral da República, em ações de representação de inconstitucionalidade.

A representação de inconstitucionalidade era de legitimidade ativa exclusiva do Procurador Geral da República. E, na época, este era um cargo de livre nomeação e exoneração pelo Presidente, o que garantia o controle almejado. Tal particularidade histórica fez surgir a discussão na doutrina acerca da natureza da função - se discricionária ou não - atribuída ao Procurador Geral da República para oferecer a representação para a análise da constitucionalidade das leis. Neste ponto, de acordo com Gilmar Mendes, a discussão deveria levar em consideração a ideia do caráter dúplice inerente às decisões acerca da constitucionalidade ou não das leis ou atos normativos, de modo que, em havendo *controvérsia constitucional relevante*, o Procurador Geral da República poderia levar a questão para pronunciamento da corte constitucional, sem que houvesse a necessidade de que o PGR entendesse pela inconstitucionalidade do ato ou dispositivo levado ao debate (MENDES, 2011, p. 1105-1111).

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, representou o marco jurídico fundamental do reencontro com a democracia, tendo fincado as bases do Estado Democrático de Direito. No que tange ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, o modelo híbrido de controle foi mantido, mas com algumas modificações essenciais. Enquanto anteriormente havia uma nítida preponderância do modelo incidental, ou seja, as grandes questões chegavam ao Supremo por meio de Recurso Extraordinário, a Constituição de 1988 trouxe os alicerces para um fortalecimento e avanço do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade.

Dentre as novidades implementadas pela Carta Constitucional de 1988 e emendas posteriormente editadas, há de se destacar uma considerável ampliação do rol de

legitimados ativos para propor discussões no controle abstrato<sup>33</sup>; a previsão de representação de inconstitucionalidade enquanto mecanismo de controle direto no âmbito dos Estados-membros; a criação de instrumentos de tutela da inconstitucionalidade por omissão (Ação Direta por Omissão e mandado de injunção) e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental; a obrigatoriedade do Advogado Geral da União ser intimado nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade para defender a constitucionalidade do ato, regra que, apesar de sofrer alguns temperamentos, é um elemento de reforço da presunção de constitucionalidade das leis.

Ademais, tornou-se obrigatória a intimação do Procurador Geral da República para se manifestar nas ações de controle de constitucionalidade, para atuar como fiscal da lei. Além disso, o Recurso Extraordinário ganhou uma feição exclusivamente constitucional.

Já durante a vigência da Constituição de 1988, merece destaque a criação da Ação Direta de Constitucionalidade pela Emenda Constitucional nº 03/1993, que corresponde a uma ADI com sinal trocado, ou seja, presta-se a afirmar a compatibilidade de determinado dispositivo com o Texto Maior. Ainda, a Emenda Constitucional nº 45/2004, criou as súmulas vinculantes e o mecanismo da repercussão geral, este último, um claro instrumento de aproximação entre o controle difuso e o controle concentrado de constitucionalidade, com vistas a filtrar os pronunciamentos da Corte Constitucional, para que esta exerça realmente o seu relevante *munus*, com a análise das questões mais sensíveis ao país.

---

<sup>33</sup> CF/88 - Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Notadamente a partir da ampliação do rol de legitimados para provocar o controle abstrato de constitucionalidade; da possibilidade do Senado editar resolução suspensiva da norma declarada inconstitucional pelo STF no exercício do controle difuso e, ainda mais, da introdução do mecanismo de repercussão geral para os Recursos Extraordinários os modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade foram apresentando cada vez mais semelhanças, em que pese mantenham, em sua essência, cada um deles, particularidades inerentes às diferentes estruturas jurídicas em que foram concebidos.

Ademais, a Lei nº 9.868, editada em 1999, que trata especificamente da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, trouxe, em seu artigo 9º, § 1º, autorizativo expresso para que, havendo necessidade de *esclarecimento da matéria ou circunstância de fato* ou de notória insuficiência das informações constantes nos autos, o relator requirite informações adicionais, designar peritos para emitir parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria, o que mostra nítida tendência do Tribunal de admitir também análise do contexto fático subjacente à decisão em sede do controle abstrato.

Tradicionalmente, o Supremo sempre se recusou a analisar fatos nas ações diretas, por se tratar de controle abstrato. A partir da edição do supracitado dispositivo, tornou-se forçoso reconhecer que, ainda que se trate de controle de lei em tese, o Tribunal Constitucional decide com base em conceitos jurídicos indeterminados<sup>34</sup> que, portanto, precisam de fatos e informações concretas para serem preenchidos – além, é claro, de demandar maior ônus argumentativo.

---

<sup>34</sup> “Todavia, essa versão do conceito de legislador negativo constitui exemplo singular de uso sincrético de teorias inconciliáveis, qual seja, a combinação de um positivismo à la Escola da Exegese com o normativismo kelseniano.” (BRANDÃO, 2014, p. 190)

Para Kelsen, o Tribunal Constitucional não poderia julgar com base em conceitos indeterminados, sob pena de desvio de competência: “Na verdade, Kelsen não negava a importância da análise fática para a concretização de princípios constitucionais abertos, apenas considerava que neste âmbito se coloca, em boa medida, a dimensão criativa da concretização da Constituição (atuação como ‘legislador positivo’), de maneira que o Tribunal Constitucional deveria deixar esse espaço livre para o exercício da discricionariedade do legislador. [...] Tal circunstância explica a razão pela qual Kelsen acreditava que, embora a interpretação judicial tenha uma dimensão criativa, especificamente o controle de constitucionalidade exercido pelo Tribunal Constitucional consiste em atividade essencialmente vinculada à Constituição – e assim legítima à luz da separação entre os Poderes –, enquanto o uso de princípios abertos como parâmetros o transformaria em ‘legislador positivo’, atuando de maneira eminentemente criativa, o que implicaria usurpação de função legislativa.” (BRANDÃO, 2014, p. 193)

A edição do Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015) corrobora a nítida aproximação das vias principal e incidental de controle de constitucionalidade. No que tange à fase de execução, tanto no artigo 525, §§ 12 ao 15 (aplicável à impugnação em geral), quanto no artigo 535, §§ 5º ao 8º (dirigido à impugnação manejada pela Fazenda Pública), que têm a mesma redação, consideram inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade *concentrado ou difuso*<sup>35</sup>. Em atenção à necessidade de estabilidade do sistema, consignou-se, ainda, que os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser “modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica”.

A novidade legislativa consolida a tendência atual de tornar cada vez menos nítida a distinção entre os modelos abstrato e concreto de controle de constitucionalidade e, com isso, “ao examinar um único recurso extraordinário, o STF se verá obrigado a analisar a necessidade ou não de modulação, utilizando-se os mesmos critérios válidos para o controle concentrado” (SICA *in* CABRAL *et al*, 2015, p. 833).

Por fim, importante consignar que, com o CPC/2015, ganhou força o sistema de precedentes, regulamentado em especial, em seu artigo 927. Essa nova sistemática desenha contornos ainda mais amplos para a tendência de asbtrativização do controle concreto de constitucionalidade, estreitando o vínculo entre ambos os modelos de controle.

## **1.5 A causa de pedir aberta nas ações de controle concentrado de constitucionalidade**

---

<sup>35</sup> O Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) editou enunciado consignando o entendimento de que, para fins de aplicação da referida previsão legal, as decisões de inconstitucionalidade devem ser proferidas pelo Plenário do STF: “En 58. (Art. 525, §§ 12 e 13; Art. 535, §§ 5º e 6º) As decisões de inconstitucionalidade a que se referem os art. 525, §§ 12 e 13 e art. 535 §§ 5º e 6º devem ser proferidas pelo plenário do STF”. (Grupo: Sentença, Coisa Julgada e Ação Rescisória)

Ademais, ainda no intuito de fixar premissas para o raciocínio que será mais adiante traçado, cumpre destacar uma importante peculiaridade das ações de controle concentrado de constitucionalidade: sua causa de pedir é aberta, de modo que, ao analisar a constitucionalidade de determinada lei ou dispositivo, o Tribunal pode (e deve) fazer uma ampla análise da compatibilidade do texto com a Constituição Federal por inteiro. A jurisprudência, há muito, já se consolidou nesse sentido:

Como se sabe, a causa de pedir nas ações diretas é aberta, não sendo admissível a avaliação da legitimidade da norma impugnada apenas pela análise parcial do texto constitucional. O Tribunal, embora adstrito ao pedido, não o é quanto à *causa petendi*, podendo declarar a inconstitucionalidade por fundamentos diversos dos deduzidos na inicial. (BRASIL, 2002, p. 490)<sup>36</sup>

Nas ações em controle concentrado não há uma lide, um conflito concreto de interesses levado à tutela do Poder Judiciário. As decisões nela proferidas não buscam atender ao interesse das partes, visam tão somente à análise da compatibilidade de determinado ato normativo com o texto constitucional, com o fito de garantir a supremacia da Constituição.

Diz-se, portanto, que essas ações inserem-se no contexto do processo objetivo, que tem algumas peculiaridades, tais como não admitir intervenções de terceiros<sup>37</sup>, desistência ou ação rescisória, a produção imediata de efeitos a partir da data de publicação da ata da sessão de julgamento, a possibilidade de participação dos *amici curiae*, etc. Ressalta-se que, nesses casos, o Supremo Tribunal Federal não fica adstrito aos fundamentos aduzidos na inicial, ou seja, pode – e deve – fazer uma ampla análise da compatibilidade do dispositivo com as normas constitucionais, e

<sup>36</sup> ADI n. 2.465-2/BA, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ: 02/08/2002 . No mesmo sentido: ADIMC 1.896-DF, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ: 28/05/99. Além disso: ADI 1.606-MC/SC, Rel. Min. Moreira Alves. DJ: 31/10/97: “Ação direta de inconstitucionalidade (...). – Relevância de fundamento – ainda que não invocado diretamente pelo requerente -, que pode ser levado em consideração pela Corte, dado que a ‘causa petendi’, nessa ação, é aberta, relativo à infringência, no caso, do princípio da independência dos Poderes (artigo 2º da Constituição Federal).” Ademais: “Possível é o julgamento amplo, adotando-se, assim, enfoque que privilegia o fato de exercer a guarda da própria Constituição e a circunstância de o provimento poder desaguar na declaração de constitucionalidade do ato normativo, sempre a pressupor exame amplo, sem as peias, assim, do que contido na inicial” (ADI nº 139-6/RJ, voto do Ministro Marco Aurélio, DJ 05.06.1992). Confira-se, ainda: MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei nº 9.869, de 10-11-1999*. Saraiva: São Paulo, 2001, p. 147.

<sup>37</sup> No CPC/2015, a figura do *amicus curiae* insere-se, inclusive topologicamente, nas hipóteses de intervenção de terceiros. Não obstante, na Lei nº 9.868, o mesmo artigo 7º da Lei nº 9.868 que, em seu *caput*, veda as intervenções de terceiros, admite, no § 2º, o ingresso dos *amici curiae*.



não apenas com base naqueles parâmetros que ensejaram a provocação da jurisdição por parte do autor.

Merece destaque o fato de que, em razão da crescente aproximação dos modelos concreto e abstrato de controle de constitucionalidade, como reflexo da tendência de abstrativização das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional no controle concreto, algumas dessas peculiaridades dos processos objetivos têm sido estendidas pelo Supremo Tribunal Federal também ao julgamento dos Recursos Extraordinários. Em certos casos, a Corte Suprema mitiga a aplicação das normas dos processos ditos tradicionais e admite, por exemplo, a adoção de fundamentos diversos daqueles aduzidos pelas partes, assim como ocorre nos processos objetivos. Igualmente, em razão da generalização dos efeitos das decisões, o Supremo admite até mesmo que se passe por cima da exigência do prequestionamento, em atenção à necessidade de se obter um pronunciamento que norteie o tratamento a ser dado pelos demais órgãos e julgadores à matéria.

O CPC/2015 (Lei nº 13.105/2015) confirma essa tendência jurisprudencial e, em seu artigo 976, ao disciplinar o incidente de resolução de demandas repetitivas, consigna expressamente em seus parágrafos que a desistência ou abandono do processo não impede o exame do mérito do incidente, devendo o Ministério Público, nesses casos, assumir a titularidade da ação.

## 2 DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Antes de adentrarmos à análise da previsão específica insculpida no artigo 27 da lei 9.868/1998, devemos buscar, primeiramente, compreender o sistema e suas raízes históricas, para que se torne possível definir se o sistema jurídico pátrio prevê (ou não) uma regra geral quanto ao marco temporal de produção de efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Fixando-se tal premissa, facilita-se a análise do tema, de forma séria e preocupada com os seus reflexos, sem que se criem respostas *prêt-à-porter*, inadequadas para os casos que demandam definições específicas, amoldadas para os contornos jurídico-sociais relacionados ao contexto jurídico discutido.

### 2.1 Entendimento tradicional da doutrina e do Supremo Tribunal Federal: dos efeitos *ex tunc* da decisão em sede do controle concentrado

Conforme se observa do breve panorama histórico tecido no presente trabalho, o controle de constitucionalidade no cenário jurídico pátrio encontra raízes no modelo norte-americano de controle. Assim, a doutrina e a jurisprudência pátria construíram raciocínio alicerçado nas peculiaridades deste modelo.

O modelo concentrado de controle foi gradualmente inserido em nosso sistema e, talvez justamente por não ter representado uma mudança abrupta no ordenamento, parece não ter merecido a devida atenção da doutrina e jurisprudência, quedando-se carente do desenvolvimento de uma teoria própria, coerente com suas especificidades.

Desse modo, doutrina e jurisprudência majoritárias, tradicionalmente, sempre entenderam que, tal qual ocorre no modelo difuso e concreto, também a decisão proferida no controle abstrato e concentrado produz efeitos retroativos, posicionando-se a favor da equiparação entre *inconstitucionalidade* e *nulidade*. A lei proclamada inconstitucional pelo tribunal é considerada nula e írrita, ou seja, é reputada, sem qualquer ressalva, nula *ipso jure* e o provimento jurisdicional que decreta a incompatibilidade tem efeitos *ex tunc*, independente de qualquer outro ato (MENDES, 2005, p. 321).

Os efeitos da decisão seriam, em regra, retroativos, em decorrência da propalada natureza declaratória do pronunciamento. A natureza declaratória, por sua vez, justificar-se-ia em razão da pré-existência do vício de nulidade, que maculara o preceito legal desde a sua edição, de modo que a decisão do órgão de controle limitar-se-ia a “declarar” essa nulidade. Nesse sentido, afirma Clèmerson Merlin Clève (1999, p. 244-245):

O ato judicial não desconstitui (puro efeito revogatório) a lei tal como ocorre, por exemplo, em outros modelos de fiscalização da constitucionalidade, mas apenas reconhece a existência de um ato viciado. E, por esse motivo, a decisão produz efeitos *ex tunc*, retroagindo até o nascimento da norma impugnada.

[...]

A sentença, que decreta a inconstitucionalidade, é predominantemente declaratória, não predominantemente constitutiva. A nulidade fere-a *ab initio*.

Outrossim, segundo Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira (2016, p. 122), os efeitos *ex tunc* decorreriam “do sistema de controle adotado, típico da sanção de nulidade, que consagra o princípio da supremacia da Constituição, bem como do Texto Supremo, que dispõe que a inconstitucionalidade (vício) é declarada”. O Supremo Tribunal Federal, igualmente, por vezes, já se manifestou no sentido de que a decisão de inconstitucionalidade reconhece um vício jurídico que macula de total nulidade os atos emanados do Poder Público, de modo que alcança também os atos pretéritos com base nela praticados (ADI nº 652/MA-QO, BRASIL, 1993).

Assim, prevalece na doutrina e jurisprudência pátrias a ideia de que a lei ou o ato reputado inconstitucional é nulo, de modo que não possui aptidão para produzir efeitos jurídicos válidos. Não obstante, segundo Gilmar Mendes, a própria doutrina norte-americana, da qual importamos a teoria da inconstitucionalidade, limita-se a afirmar que a lei inconstitucional deve ser considerada, para todos os efeitos, como se jamais, em qualquer tempo, houvesse possuído eficácia jurídica (MENDES, 2005, p. 318). Destaca, entretanto, que a importação da doutrina americana de inconstitucionalidade não trouxe significativo auxílio para a construção de uma teoria da inconstitucionalidade, pois nem os tratadistas americanos, nem tampouco os brasileiros indicam a razão jurídica determinante do efeito amplo e irrestrito da decisão de inconstitucionalidade:

*Fundada na doutrina americana, segundo a qual “the unconstitutional statute is not law at all”, significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se em favor da equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade. Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição.*

*A recepção da doutrina americana não contribuiu significativamente para o desenvolvimento de uma teoria da nulidade da lei inconstitucional no direito brasileiro. Também a fundamentação dogmática na chamada nulidade de pleno direito ou ipso jure jamais se afigurou precisa entre nós. Assim, constatou Lúcio Bittencourt que os constitucionalistas brasileiros não lograram fundamentar nem a eficácia erga omnes nem a chamada retroatividade ex tunc da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal.*

*[...]*

*Não o apontam os tratadistas americanos – infensos à sistematização que caracteriza os países onde se adota a codificação do direito positivo -, limitando-se a enunciar o princípio, em termos categóricos: a lei declarada inconstitucional deve ser considerada, para todos os efeitos, como se jamais, em qualquer tempo, houvesse possuído eficácia jurídica – is to be regarded as having never, at any time, been possessed of any legal force.*

*Os nossos tratadistas também não indicam a razão jurídica determinante desse efeito amplo. Repetem a doutrina dos escritores americanos e as afirmações dos tribunais, sem buscar-lhes o motivo, a causa ou o fundamento. Nem o grande Rui, com seu gênio estelar, nem os que subsequentemente, na sua trilha luminosa, versaram o assunto com a eficiência de um Castro Nunes. (MENDES, 1999, p. 318) (grifou-se)*

Nessa senda, resta evidente a necessidade de se dispensar tratamento próprio para o modelo concentrado e abstrato de controle de constitucionalidade, analisando suas peculiaridades, para, assim, construir uma teoria que com elas seja compatível e coerente.

## **2.2 Repensando o dogma da nulidade da lei inconstitucional: da natureza e dos efeitos do provimento de inconstitucionalidade**

### **2.2.1 DA NATUREZA CONSTITUTIVA DA DECISÃO: A TEORIA DE HANS KELSEN**

Primeiramente, cumpre destacar que muitos autores<sup>38</sup> atribuem à teoria de Kelsen a nomenclatura de “teoria da anulabilidade”, em oposição à teoria da nulidade, originária do sistema de controle de constitucionalidade americano.

<sup>38</sup> A título de exemplo: CAVALCANTI, Themístocles Brandão *Do contrôlo da Constitucionalidade*, 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1966; ALVES JR., Luís Carlos Martins Alves. Garantias e privilégios do crédito tributário. In: Estudos de Direito PGE/RS, v. 3, n. 6. Porto Alegre: EDPGERS, jan./mar. 2014. p. 1-43; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

No entanto, cumpre tecer aqui uma importante ressalva: Hans Kelsen diz que o Tribunal Constitucional tem competência para anular lei reconhecida como inconstitucional: “Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito. (...) As chamadas leis ‘inconstitucionais’ são leis conforme a Constituição que, todavia, são anuláveis por um processo especial”. (KELSEN, 2006, p. 304). Isso porque, sempre que identificada a nulidade *a priori*, o ato sai do domínio jurídico, não podendo ser reconhecido como lei<sup>39</sup>.

Afirma, pois, que “leis inconstitucionais” são leis válidas, que foram anuladas pelo Tribunal Constitucional, mediante o procedimento previsto no sistema. Não obstante, faz-se mister salientar que, para Kelsen, o ordenamento jurídico não comporta, dentro do sistema, a dicotomia nulidade/anulabilidade, visto que, se uma norma pertence à ordem jurídica, ela não pode ser nula, mas apenas anulável. O autor consigna que a ordem jurídica não comporta algo como a nulidade, pois a norma integra o sistema e, firmada a relação de pertença à ordem jurídica – que caracteriza a própria validade do preceito –, a norma apenas pode ser anulável e, não, nula. O autor explica que:

[...] dentro de uma ordem jurídica não pode haver algo como a nulidade, que uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula mas apenas pode ser anulável. Mas esta anulabilidade prevista pela ordem jurídica pode ter diferentes graus. Uma norma jurídica *em regra* somente é anulada com efeitos para futuro, por forma que os efeitos já produzidos que deixa para trás permanecem intocados. (2006, p. 306)

Na esteira do pensamento delineado pelo autor austríaco<sup>40</sup> em sua obra Teoria Pura do Direito, não existem nulidades autoevidentes, ou seja, não se admite a

<sup>39</sup> “Quando a ordem jurídica estabelece, por exemplo, que uma norma que não foi posta pelo órgão competente, ou foi posta por um indivíduo que nem sequer possui a qualidade de órgão, ou uma norma que tem um conteúdo que a Constituição exclui, devem ser consideradas nulas *a priori* e que, portanto, não é necessário qualquer ato para as anular, necessita determinar quem há de verificar a presença dos pressupostos desta nulidade; e, como esta verificação tem caráter constitutivo, como a nulidade da norma em questão é efeito desta verificação, como não pode ser juridicamente afirmada antes de realizada tal verificação, esta verificação significa, mesmo quando se opere na forma de uma declaração de nulidade, a anulação, com efeito retroativo, de uma norma até aí considerada válida. Sob este aspecto, o Direito é como o rei Midas: da mesma forma que tudo o que este tocava se transformava em ouro, assim também tudo aquilo a que o Direito se refere assume o caráter de jurídico. Dentro da ordem jurídica, a nulidade é apenas o grau mais alto da anulabilidade”. (KELSEN, 2006, 308)

<sup>40</sup> Hans Kelsen nasceu em Praga no ano de 1881, época em que a cidade integrava o Império Austro-Húngaro. Em 1930, ganhou a cidadania alemã em complemento à austríaca. Perdeu ambas as

invalidação automática de determinado dispositivo legal; a lei é válida até que a autoridade competente, seguindo o procedimento previsto no sistema, afirme o contrário. Em suas próprias palavras:

A afirmação de que uma lei válida é “contrária à Constituição”(anticonstitucional) é uma *contradictio inadjecto*; pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição. Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento da sua validade tem de resistir na Constituição. (KELSEN, 2006, p. 300)<sup>41</sup>

Se a lei preencheu os requisitos mínimos que autorizaram seu ingresso no sistema de direito positivo, não há propriamente inconstitucionalidade – e é por isso que o autor afirma que a expressão “lei inconstitucional” constitui uma contradição em seus próprios termos.

No texto “A garantia jurisdicional da Constituição”, exposto e debatido na sessão de outubro de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público, Kelsen reafirma a ideia quanto à inexistência de inconstitucionalidade automática, autoevidente. Isso porque, o ato nulo carece de antemão de todo e qualquer caráter jurídico, de forma que não seria necessário praticar qualquer ato jurídico para retirar-lhe a validade (KELSEN, 2007, p. 140-141).

Se não houvesse qualquer restrição quanto aos sujeitos autorizados a promover a análise de compatibilidade da lei infraconstitucional com as disposições constitucionais, qualquer ato jurídico viciado seria considerado nulo, não sendo um ato jurídico. Ocorre que as ordens jurídicas em geral preveem a limitação deste poder a determinados intérpretes, considerados autorizados pelo sistema a proclamar a inconstitucionalidade. Assim, se determinada lei foi reconhecida como parte do sistema jurídico, tem-se afastada, de plano, sua nulidade. Um ato

---

cidadanias ao adquirir a tcheca quando foi contratado pela Universidade Alemã de Praga. Em 1945, abandonou a cidadania tcheca para se tornar americano. (BASILE, 2011, p. 01). No entanto, Kelsen teve notável influência na elaboração da constituição austríaca e no modelo de controle de constitucionalidade desenvolvido no país, motivo pelo qual optamos por nos referir ao autor por sua nacionalidade originária.

<sup>41</sup> Neste sentido, cumpre destacar que, embora por razões distintas, este é um importante ponto de convergência entre a teoria kelseniana e a teoria americana dos efeitos da inconstitucionalidade: ambas reconhecem que a expressão “lei inconstitucional” encerra, em si mesmo, uma contradição. Nesse sentido, afirma, Cooley (*apud* TRIBE, 1988, p. 27): “Lei inconstitucional é uma expressão enganosa (*is a misnomer*) e importa numa contradição. Tal ato não é, de fato, uma lei (*in fact, no law at all*)”. Por outro lado, Hans Kelsen afirma que a contradição reside no fato de que a lei foi tida por constitucional, até que sobreviesse um ato dizendo o contrário.

inexistente não pode ser objeto de um pronunciamento jurisdicional. Dessa forma, não há sequer como se admitir que ordem jurídica possa invalidar um ato considerado nulo, inexistente para a ordem jurídica, ou seja, despido de qualquer caráter jurídico.

Nesse compasso, quando o direito positivo estabelece condições mínimas de validade do ato, cumpridas estas condições, ele não pode ser considerado nulo *a priori*. É o que ocorre, por exemplo, quando “a Constituição determina que tudo o que for publicado como lei no *Diário Oficial* deve valer como lei, quaisquer que possam ser suas outras irregularidades, enquanto não for anulado por uma instância qualificada para tal” (KELSEN, 2007, p. 143). Sempre será necessária a prática de um ato, advindo de uma autoridade pública, para proclamar se essas condições mínimas foram ou não preenchidas. Do contrário, qualquer um poderia furtar-se ao cumprimento das prescrições normativas, apenas por alegar que não seriam leis e isso representaria o caos para a ordem jurídica.

Desse modo, o Tribunal Constitucional, ao proceder ao controle de constitucionalidade de uma lei ou ato normativo altera o próprio sistema de direito positivo, de modo que sua atuação, em muito se assemelha à atividade do legislador. Somente por outra norma, emanada das autoridades imbuídas desta competência pelo sistema é que o dispositivo pode ser retirado do ordenamento positivo. Por isso, a decisão “não tem caráter simplesmente declarativo, mas constitutivo. O sentido do ato pelo qual uma norma é destruída, quer dizer, pelo qual a sua validade é anulada, é, tal como o sentido de um ato pelo qual uma norma é criada, uma norma” (KELSEN, 2006, p. 307).

Kelsen explica, ainda, que não quer dizer que os cidadãos e as autoridades públicas devam considerar lei todo e qualquer ato assim intitulado. Por óbvio, há atos com mera aparência de lei. No entanto, não há nenhum critério seguro, nenhuma fórmula, para que, *a priori* e peremptoriamente, se possa separar uma lei de uma *pseudolei*. Essa seria uma tarefa do próprio sistema de direito positivo, que geralmente não o faz. Desta feita, os atos supostamente inconstitucionais, saem da esfera da nulidade e habitam o campo da *simples anulabilidade*.

Nessa senda, não se pode olvidar que a validade afigura-se como a relação de pertença do suporte físico e da norma no sistema, o que se dá com sua entrada na ordem jurídica por meio da ação da autoridade competente, mediante o procedimento adequado, e na linguagem juridicamente prevista para tanto. Kelsen exige também, como requisito de validade da lei, um mínimo de eficácia.

Ademais, impende salientar que o sistema pátrio veda a autotutela, de modo que os jurisdicionados não podem recusar-se ao cumprimento de uma lei, sob a alegação de sua invalidade, sem se sujeitar a eventuais penas pelo descumprimento da disposição legal<sup>42</sup>.

A retirada da lei do ordenamento jurídico demanda, assim como sua criação, um provimento da autoridade competente, proferido mediante o procedimento previsto para tanto. Assim, não há como dizer que a lei era nula desde o início, do contrário: a lei presume-se válida até a sua anulação. É por isso que a decisão de inconstitucionalidade representa uma inovação no mundo jurídico – e daí advém seu caráter constitutivo. Explica Hans Kelsen:

Porém, a lei foi válida até a sua anulação. *Ela não era nula desde o início.* Não é, portanto, correto o que se afirma quando a decisão anulatória da lei é designada como “declaração de nulidade”, quando o órgão que anula a lei declara na sua decisão essa lei como “nula desde o início” (*ex tunc*). A sua decisão não tem caráter simplesmente declarativo, mas constitutivo. (KELSEN, 2007, p. 306-307).

Assim, do ponto de vista do ordenamento jurídico, ou seja, dos intérpretes autorizados a decidir acerca da validade do ato, jamais haverá algo além da anulabilidade. Nem mesmo nos casos de vícios graves, nos casos extremos de invalidação do ato normativo, há de se falar em nulidade. Nesses casos, o que pode ocorrer é, apenas, uma anulação com efeitos retroativos (KELSEN, 2007, p. 143).

Transpondo a ideia kelseniana para nosso ordenamento jurídico, nota-se, ainda que, cada vez mais, o Supremo Tribunal Federal tem ultrapassado as barreiras de

---

<sup>42</sup> “Mesmo dentro de uma ordem jurídica estadual relativamente centralizada não pode excluir-se que qualquer indivíduo considere como ‘nulo’ algo que subjetivamente se apresenta como norma jurídica. Este indivíduo, porém, apenas pode fazer isso a seu próprio risco, quer dizer, com o risco de que aquilo que ele considera nulo seja declarado pelo órgão competente como uma norma jurídica válida e, portanto, seja ordenada a execução da sanção estatuída nesta norma jurídica”. (KELSEN, 206, p. 307)



legislador negativo<sup>43</sup>, atuando, em muitos casos, como verdadeiro legislador positivo.

Além disso, adentrando na classificação desenvolvida pela doutrina brasileira, nos termos da classificação trinária das ações, as tutelas jurisdicionais podem ser divididas em declarativas, constitutivas e condenatórias, de acordo com a crise jurídica que se propõem a solucionar (BEDAQUE, 2006, p. 524-533). A classificação é feita com base na característica do provimento dominante, porque as ações não costumam conter exclusivamente um ou outro tipo de pronunciamento.

A tutela declaratória e a constitutiva, que nos interessam no presente trabalho, diferem uma da outra porque a primeira resolve uma crise de certeza, volta-se a eliminar a dúvida objetiva sobre a existência ou inexistência de uma relação jurídica. Os provimentos são, no entanto, constitutivos, quando o pedido visa à modificação ou extinção de uma relação jurídica. Além disso, diz-se que, em regra, as sentenças constitutivas produzem efeitos *ex nunc*, ao passo que as sentenças declaratórias produzem efeitos *ex tunc*. Mas a classificação se dá, antes, com fundamento na própria crise jurídica que originou a ação, do que a partir dos efeitos oriundos do pronunciamento, sob pena de se inverter a causa pelos efeitos (MOUSSALLEM, 2005, p. 234).

Desse modo, tomando-se em conta que a decisão de inconstitucionalidade inaugura uma nova situação jurídica, fica evidente a predominância de sua natureza constitutiva. A atividade da Corte Constitucional em muito se aproxima da atividade legislativa, inovando na ordem jurídica.

---

<sup>43</sup> Rodrigo Brandão (2014, p. 196) coloca em xeque a visão do Supremo Tribunal Federal como legislador negativo, afirmando: “A jurisprudência e a doutrina constitucional contemporânea vêm destacando a evolução de uma rígida dicotomia entre decisões de inconstitucionalidade e de constitucionalidade em prol de uma visão gradualista, que, embora mantenha as referidas decisões em polos opostos de um gradiente, contém “modalidades atípicas de decisão” que se situam em pontos intermediários. Citem-se a interpretação conforme a Constituição, a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto e as sentenças aditivas e modificativas. Essas técnicas de decisão têm em comum o fato de apartarem-se da figura do “legislador negativo”, visto que através delas o órgão judicial manipula a norma editada pelo legislador, modificando-a”  
Há alguns casos emblemáticos que não deixam dúvidas que a nossa Corte Maior tem exercido verdadeira atividade criativa, inovando positivamente – atuando como “legislador positivo” - na ordem jurídica. Apenas exemplificativamente, ao julgar o caso da demarcação de terras sobre a reserva indígena Raposa Serra do Sol (Petição nº 3388), os ministros do Supremo Tribunal Federal estabeleceram 19 (dezenove) condições para a demarcação e ocupação das terras indígenas, criando verdadeiro tratado sobre o usufruto.

Também Themístocles Brandão Cavalcante, desde muito, abordou a questão da possibilidade da inconstitucionalidade ser proclamada em ação declaratória. Segundo o autor, seria plenamente possível o manejo da ação declaratória, precisamente caracterizada em função de seus efeitos e do seu processo de execução, desde que presentes alguns requisitos. Cavalcante afirma que “a declaratória não tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade, mas decidir sobre determinada relação de direito. A questão da constitucionalidade é que pode surgir no curso da demanda, no exame da ‘relação jurídica’” (1966, p. 94). Nota-se, portanto, que não é de todo incongruente suscitar a natureza declaratória da decisão de inconstitucionalidade, *desde que no âmbito do controle difuso*, em que o provimento, em regra, apenas afasta a aplicação do preceito, de forma a tutelar o direito material pretendido em juízo.

Geovany Cardoso Jevaux (2015, p. 254) explica que:

se essas ações de controle concentrado forem inspiradas na origem austríaca, o provimento respectivo não deve de regra ser retroativo. Por outro lado, se o mérito do processo não é a inconstitucionalidade, mas um direito material que, para ser alcançado, depende de uma constatação incidente de uma contradição constitucional, o preceito há de manter-se no ordenamento e o provimento obedece a natureza da pretensão formulada em juízo, podendo ser meramente declaratório, constitutivo (positivo ou negativo) ou condenatório. A inconstitucionalidade, como questão incidente, recebe análise meramente declaratória, como ocorreria, a propósito, no eventual uso da ação declaratória incidental.

Assim, tanto no controle difuso, quanto no caso da decisão que *declara constitucionalidade* do ato impugnado – o que pode ser obtido seja pela procedência da ADC, seja pela improcedência da ADI – o provimento terá, efetivamente, natureza declaratória. No entanto, em se tratando da proclamação de *inconstitucionalidade*, resta evidente o caráter constitutivo da decisão.

Mesmo Hans Kelsen, que defende a natureza constitutiva como regra geral das decisões produzidas pelos intérpretes autorizados do sistema, reconhece que, no controle difuso, a situação pré-existente justificaria, em regra, os efeitos retroativos. Kelsen (2006, p. 308) destaca que, como a verificação de eventual nulidade da norma não pode ser juridicamente afirmada antes da realização desta verificação

pelo órgão competente, e que, “esta verificação significa, *mesmo quando se opere na forma de uma declaração* de nulidade, a anulação, com efeito retroativo, de uma norma até aí considerada válida”.

De todo modo, a dicotomia justifica-se no âmbito da classificação promovida pelo direito brasileiro. No controle concreto, a natureza declaratória como regra geral é coerente com a situação fática tutelada, porque há uma relação jurídica prévia, sobre a qual pendem dúvidas objetivas. Para que o jurisdicionado tenha procurado o Poder Judiciário é pressuposto que seu direito subjetivo tenha sido ameaçado ou violado. Por outro lado, no controle concentrado, não está em jogo uma relação jurídica concreta – mas, sim, várias relações em potencial – de modo que, tal qual ocorre com a lei, o novo regramento deveria destinar-se à produção de efeitos para o futuro. Geovany Cardoso Jevaux (2015, p. 252) esclarece:

4) contudo, no modelo difuso as decisões que reconhecem a inconstitucionalidade são retroativas por dois motivos: o provimento que se acha nele possibilitado é meramente declaratório e o direito material, que é o mérito do processo, nasceu no passado, 5) logo, a retroação dos efeitos é perfeitamente possível, especialmente no sistema difuso, onde o problema concreto, mais do que a natureza do provimento, justifica a retroatividade dos efeitos da decisão que a reconheça.

A inconstitucionalidade, portanto, é uma invalidade que, se reconhecida na via incidental, há de retroagir seus efeitos até o marco reclamado pelo caso concreto, mantida a validade e a eficácia do dispositivo para os não demandantes, e, se reconhecida na via principal, de regra não deve retroagir seus efeitos em virtude das relações e atos praticados sob a égide da lei ou ato normativo presumido inconstitucional, perdendo então o preceito a sua validade e eficácia a partir do trânsito em julgado da decisão.

Ainda, no que tange aos autores que se apegam na literalidade do texto constitucional, dizendo que a utilização dos termos “declarar” ou “ação declaratória”

<sup>44</sup> pelo texto constitucional deixaria transparecer a natureza declaratória da decisão,

---

<sup>44</sup> Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira (201, p. 120-122) consigna: “Vale reiterar que a Constituição empregou a terminologia ‘ação declaratória de constitucionalidade’ para se referir a um dos remédios de controle de constitucionalidade, e mencionou expressamente que a decisão que reconhece incidentalmente a inconstitucionalidade é declaratória. Ao tratar dos efeitos da ação de inconstitucionalidade por omissão, novamente, o legislador constituinte empregou a terminologia ‘declarada a inconstitucionalidade’.

Em poucas palavras, a Constituição Federal dispõe que a inconstitucionalidade é reconhecida por decisão declaratória, reforçando a tese da nulidade do ato inconstitucional, já que as decisões declaratórias reconhecem atos nulos, não anuláveis. A terminologia empregada torna difícil não

vale consignar, primeiramente, que a interpretação literal pode apenas servir de reforço ao sentido já indicado por outras técnicas de interpretação, visto que, como consabido, não se pode olvidar que nem sempre o legislador emprega os termos de maneira técnica na confecção do texto legal<sup>45</sup>.

Não obstante seja despicienda esta análise, cumpre observar que o artigo 102, I, a prevê o cabimento da “ação direta de inconstitucionalidade” e da “ação declaratória de constitucionalidade”, o que condiz exatamente com o que se observou acima: em sede de controle difuso, faz sentido falar em decisão *declaratória*. Além disso, no âmbito da disciplina do controle de constitucionalidade na Constituição Federal, o vocábulo “declarar” aparece no artigo 52, X, que trata da suspensão pelo Senado da lei “declarada” inconstitucional no controle incidental, no artigo 97<sup>46</sup>, que trata da reserva de plenário, e no artigo 102 III, b<sup>47</sup>, que se refere ao recurso extraordinário – ou seja, o termo é utilizado apenas no âmbito do controle difuso que, como dissemos, é plenamente compatível com um provimento de natureza declaratória. Além disso, o artigo 103, § 2º, ao usar a expressão “declarada a inconstitucionalidade por omissão” também nada nos diz acerca dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade por ação, visto que, nos casos de inconstitucionalidade por omissão, a decisão – diversamente do que ocorre na hipótese de procedência de uma ADI ou improcedência de uma ADC - não inova na ordem positiva, mas, tão somente, reputa inconstitucional uma situação pré-

---

aceitar que a inconstitucionalidade é declarada, ante a manifestação expressa do poder constituinte originário neste sentido.

[...]

A Constituição Federal não prevê expressamente o efeito retroativo ou *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, seja via ação direta, seja ação declaratória. Todavia tal fato é de somenos importância, já que este decorre da interpretação de diversas normas que dispõem ser a inconstitucionalidade declarada”.

<sup>45</sup> Não é nenhuma novidade, por exemplo, que, na Constituição Federal, o termo “imposto” foi utilizado em diversas acepções, de maneira evidentemente atécnica.

<sup>46</sup> Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

<sup>47</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

existente que assim se mantém após a decisão. O intuito é justamente provocar a atuação do legislador, afirmando, ou seja, declarando, a inconstitucionalidade de sua omissão.

Fato é que não se pode negar que a lei, ainda que posteriormente proclamada inconstitucional, produziu efeitos que não se podem ignorar. Em voto proferido no RE 79.343, o então Ministro Leitão de Abreu, registrou que, em razão disso, torna-se imperiosa a adoção do raciocínio kelseniano, mais condizente com os efeitos do provimento no mundo empírico:

Hans Kelsen, enfrentando o problema, na sua *General Theory of Law and State*, inclina-se pela opinião que dá pela anulabilidade, não pela nulidade da lei inconstitucional. Consigna ele, em nota que figura à p. 160, desse livro: “*The void ab initio theory is not generally accepted. (Cf. for instance Chief Justice Hughes in Chicot County Drainage District v. Baxter State Bank, 308, U. S. 371 (1940)). The best formulation of the problem is to be found in Wellington et al. Petitioners, 16 Pick. 87 (Mass., 1834), at 96: ‘Perhaps, however, it may be well doubted whether a formal act of legislation can ever with strict legal propriety be said to be void; It seems more consistent with the nature of the subject, and the principles applicable to analogous cases, to treat it as voidable’*”. Com base nessa orientação jurisprudencial, escreve o famoso teórico do direito: “A decisão tomada pela autoridade competente de que algo que se apresenta como norma é nulo *ab initio*, porque preenche os requisitos da nulidade determinados pela ordem jurídica, é um ato constitutivo; possui um efeito legal definido; sem esse ato e antes dele o fenômeno em questão não pode ser considerado ‘nulo’. Onde não se tratar de decisão ‘declaratória’, não constituindo, como se afigura, declaração de nulidade: é uma verdadeira anulação, uma anulação com força retroativa, pois se faz mister haver legalmente existente a que a decisão se refira. Logo o fenômeno em questão não pode ser algo nulo *ab initio*, isto é, o não ser legal. É preciso que esse algo seja considerado como uma força anulada com força retroativa pela decisão que a declarou nula *ab initio*” (Ob. cit., p. 161). Acertado se me afigura, também, o entendimento de que se não deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta nulidade. Como, entretanto, em princípio, os efeitos dessa decisão operam retroativamente, não se resolve, com isso, de modo pleno, a questão de saber se é mister haver como delitos do orbe jurídico atos ou fatos verificados em conformidade com a norma que haja sido pronunciada como inconsistente com a ordem constitucional. Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o *Corpus Juris Secundum*, de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação de inconstitucionalidade, podendo ter consequências que não é lícito ignorar.

Em sua obra “Jurisdição Constitucional” (1999, 296), o também Ministro Gilmar Mendes rebate a afirmação de seu colega, dizendo que, caso aceita a tese

defendida pelo Ministro Leitão de Abreu, haveria um paradoxo, visto que, apesar do Tribunal decretar a inconstitucionalidade de uma determinada lei, a limitação dos efeitos ensejaria a aplicação da lei inconstitucional ao caso concreto analisado:

Ressalte-se, porém, que, se aceita a tese esposada pelo Ministro Leitão, ter-se-ia a possibilidade de limitação de efeitos da decisão no próprio controle incidental ou da decisão *in concreto*. Em outras palavras, o Tribunal poderia declarar a inconstitucionalidade, incidentalmente, com eficácia restrita, o que daria ensejo à aplicação da norma inconstitucional no caso concreto. Tanto quanto é possível depreender da argumentação desenvolvida, a opção por uma declaração de inconstitucionalidade com efeito limitado decorreria de critérios de conveniência ou de política judiciária, tal como admitido no direito americano. Embora tenha o Tribunal logrado formular a questão com a necessária nitidez. É certo que também ele parece partir da premissa de que o princípio da nulidade da lei inconstitucional tem hierarquia constitucional.

Não obstante, não procedem os argumentos trazidos por Gilmar Mendes. Na Áustria, a reforma constitucional teve por objetivo ampliar as hipóteses de revisão judicial da legislação, pois, antes disso, a constitucionalidade das leis só poderia ser controlada pelas cortes austríacas com relação a sua adequada publicação. Após, promoveu-se uma centralização das decisões a respeito da revisão judicial da legislação, cuja competência seria reservada à Corte Constitucional. Kelsen (2007, p. 305-305) explica que a decisão da corte invalidava lei ou uma disposição específica de modo geral, para todos os casos futuros, e não apenas no caso concreto apreciado. Essa decisão, em princípio, apenas produziria efeitos *ex nunc*, em razão das delicadas consequências advindas efeito retroativo e, sobretudo, porque, enquanto a corte não tivesse pronunciado a decisão de inconstitucionalidade, devia ser respeitada a opinião do legislador, expressa no referido ato legislativo, visto que o legislador também detém competência para interpretar a Constituição, ainda que seus atos sujeitem-se ao controle judicial.

Segundo Kelsen, a exceção aos efeitos prospectivos da decisão seria, justamente, o caso concreto em que a corte decidira a questão, que não comportaria a aplicação da lei inconstitucional, o que faz cair por terra as críticas tecidas por Gilmar Mendes quanto a um suposto paradoxo criado por sua teoria. Desde muito, o autor austríaco, observou que, tendo em vista que o caso apreciado pela corte precedera

à anulação da lei, a invalidação produziria efeitos retroativos no caso concreto que ensejou a análise da questão constitucional<sup>48</sup>.

Ademais, vale destacar que este problema não estaria presente no sistema pátrio. Isso porque, no sistema austríaco em que se desenvolveu a teoria, para que fosse provocada a revisão e a anulação de uma lei, fazia-se necessário que a questão de constitucionalidade surgisse de um caso concreto, muito embora fosse decidida de modo abstrato. No Brasil, entretanto, o controle abstrato de constitucionalidade é feito a partir da análise da lei em tese, ou seja, não há um caso concreto a se aplicar a decisão tida por inconstitucional quando de seu julgamento.

Ainda que assim não fosse, como se verá a seguir, os princípios constitucionais são substrato jurídico suficiente a orientar a modelação temporal dos efeitos da decisão, para a garantia dos valores envolvidos no caso concreto e evitando distorções. A opção pela regra da eficácia *ex tunc* equivaleria a estabelecer uma hierarquia, uma regra de preferência entre os princípios envolvidos<sup>49</sup>, em que sempre aquele que justificasse os efeitos retroativos, deveria preferir àqueloutro que demandava a manutenção das situações já consolidadas, com a produção de efeitos da decisão *ex nunc* ou até mesmo *pro futuro*.

Desse modo, não há como se negar que a lei, ainda que posteriormente tida por inconstitucional produziu, sim, efeitos. Destarte, a mudança no *status* da norma trouxe indiscutível alteração jurídica para os jurisdicionados, o que pode corroborar ou abalar sua confiança no Estado Democrático de Direito.

Entre a publicação de uma lei ou dispositivo e o processo judicial que visa a investigar sua compatibilidade com a Constituição, há o inexorável transcurso de

---

<sup>48</sup> Daniel Sarmiento (2001, p. 107), ao analisar o controle de constitucionalidade austríaco, também destaca que: “Na Áustria o controle de constitucionalidade é sempre concentrado, exercido por um Tribunal Constitucional, podendo ser abstrato (através de ações diretas) ou concreto (através do recurso constitucional, ou da apreciação de questão constitucional suscitada em processos judiciais pelos tribunais de 2º grau de jurisdição). No primeiro caso, as decisões possuem eficácia *ex nunc*. No segundo, os efeitos da invalidação da norma são retroativos para as partes do processo, mas a eficácia da decisão, para terceiros, é também *ex nunc*”.

<sup>49</sup> Para aqueles que defendem a existência do “princípio da nulidade da lei inconstitucional” ou que entendem o “princípio da supremacia da Constituição” enquanto algo que demande, sempre, a produção de efeitos retroativos – o que, discordamos veementemente – seria, também, estabelecer a hierarquia entre este princípio e todos os demais previstos na Constituição.

razoável período de tempo – isso quando realmente observado o princípio da razoável duração do processo -, durante o qual os jurisdicionados foram obrigados a observar o disposto na lei, conduzindo suas condutas a partir da confiança inspirada e depositada no Estado.

Reforça-se que não é dado, em regra, poder ao jurisdicionado para desrespeitar as leis, ainda que ele entenda que aquela lei não guarda compatibilidade com a Constituição. O jurisdicionado, caso entenda ser a norma inconstitucional deve acionar o órgão competente para que este o proteja, para que afasta a obrigatoriedade de observância dos comandos da norma. Os atos do direito positivo sempre são produzidos com a pretensão de serem obedecidos. Igualmente, para integrarem o ordenamento, devem ser emanados das autoridades previstas pelo sistema, mediante procedimento adequado. Assim, gozam de presunção de legitimidade e legalidade e, por isso, vinculam os jurisdicionados.

Caso o cidadão considere o ato nulo e resolva desobedecê-lo, ele o fará por sua conta e risco, sujeitando-se às sanções previstas no caso de, posteriormente, a autoridade competente para promover esta apreciação de conformidade ou não da lei ou ato normativo em face do sistema jurídico posto, não considerar o ato nulo ou entenda estarem preenchidas as condições mínimas de validade, sem prejuízo da possibilidade de ser este ato posteriormente anulado.

Curial sobrelevar que as sociedades modernas formaram-se a partir do pacto de submissão celebrado pelos cidadãos, ao qual Jean Jacques Rousseau denominou contrato social. Assim, para regularem as condutas humanas e preservarem a paz social, os cidadãos concordam em se submeter às leis por eles próprios criadas. Para que haja um bom governo, faz-se necessário que a sociedade convirja suas ações em torno de ideias comuns. É, portanto, da natureza do Estado direcionar as condutas humanas, sob pena de aplicação dos respectivos meios de coerção para aqueles cidadãos que descumprirem as condutas determinadas por lei. A lei é um elemento essencial à organização da sociedade, é ela que garante a efetivação da unidade criada pelo contrato social.



Por isso, os jurisdicionados depositam confiança nas condutas do Estado, e crêem que, comportando-se do modo como por ele prescrito, estão, legitimamente, cumprindo com seus deveres cívicos em busca do bem comum.

Eventual decisão de inconstitucionalidade, se aplicada irrestritamente, expurgando do ordenamento todos os atos validamente praticados sob a égide da legislação anterior, sem observar a proteção das legítimas expectativas por ela geradas, pode abalar profundamente os alicerces do sistema, indo de encontro com a função primordial do Direito – a pacificação social:

Por que defendo a anulabilidade das leis e a modulação de seus efeitos?<sup>50</sup>  
Porque no mundo da vida real, entre o início de um processo legislativo e o fim de um processo judicial dista longo prazo. Assim, o dogma deveria ser o caráter constitutivo da sentença de inconstitucionalidade com efeitos prospectivos. Excepcionalmente os efeitos deveriam ser retroativos.  
No mundo real, das situações concretas da vida, as leis vigem até decisão judicial ou legislativa em contrário. Assim, enquanto não houver decisão judicial suspendendo a validade e eficácia de uma lei, essa lei deve continuar vigendo e produzindo efeitos jurídicos.  
Passados vários anos, uma decisão judicial, ainda que seja do STF, declarando a inconstitucionalidade de uma lei não pode desprezar todo o período de vigência normativa dessa lei.  
Isso provocaria incerteza, insegurança, instabilidade, enfim, provocaria o caos. E o direito é ordem. A razão de ser do sistema jurídico é impor a ordem sobre o caos. De modo que decisão judicial provocadora de caos é uma não-decisão. Direito é Paz com Justiça. (ALVES JR., 2014, p. 32-33).

Nesse contexto, merece destaque que, em voto proferido no Recurso Extraordinário 79.343 (RTJ 82/792), o Ministro Leitão de Abreu observa, acertadamente, que a lei inconstitucional, até a decisão de inconstitucionalidade, é um ato eficaz, produzindo consequências que não se pode ignorar. Sobretudo quando, à luz da vigência da lei posteriormente declarada inconstitucional, consolidam-se relações e posições jurídicas entre o particular e o poder público, torna-se imperiosa a análise de até que ponto o cidadão pode ser prejudicado por praticar um ato tido por legítimo e pautado em previsão objetiva do sistema – e isso é uma decorrência direta da tutela da boa fé.

---

<sup>50</sup> Ressalte-se aqui que não concordamos com a nomenclatura “anulabilidade”, atribuída à Kelsen, tendo em vista que, apesar do autor referir-se à “anulação” do ato, ele não equipara estes conceitos aos comumente utilizados no direito privado. Para Kelsen, uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula, mas, tão somente, anulável. Não obstante, esta anulabilidade pode ter diferentes graus, admitindo-se, inclusive a anulação de uma norma com efeitos retroativos, embora esta não seja a regra (KELSEN, 2006, p. 306), o que ainda será discutido de modo mais aprofundado.

Há necessidade, portanto, de se dimensionar, considerando-se determinadas peculiaridades do contexto fático subjacente à decisão de inconstitucionalidade, se a retirada dos efeitos inegavelmente produzidos pela lei posteriormente entendida por inconstitucional trará ou não maior efetividade ao texto constitucional como um todo, concretizando, assim, a máxima efetividade da Constituição.

Nesse ínterim, faz-se mister reforçar que, para Kelsen qualquer ato de retirada da norma do sistema caracteriza uma anulação. Em sua obra “Teoria Pura do Direito”, o autor explica que uma norma pertence ao sistema, a lei apenas se torna inválida no momento em que assim afirmado pela autoridade competente, mediante o procedimento adequado. No texto publicado em 1928 (KELSEN, 2007, p. 121 e ss.), o autor adentra à questão da jurisdição constitucional e aprofunda-se na questão da natureza do pronunciamento. Neste sentido, reconhece que a anulação de atos contrários à Constituição é também uma garantia do próprio texto constitucional, motivo pelo qual se revela adequada a ideia de inconstitucionalidade.

Conforme já destacado, Kelsen consigna que a dicotomia nulidade/anulabilidade não comporta distinção talhada a partir dos tradicionais conceitos do direito privado<sup>51</sup>: “Dentro da ordem jurídica, a nulidade é apenas o grau mais alto da anulabilidade” (KELSEN, 2006, p. 308), pois, da perspectiva do direito positivo, nunca há nada mais que a anulabilidade, ainda, que esta seja aplicada em seu grau mais extremo.

Vale destacar, ainda, que, muito embora Kelsen defenda a natureza constitutiva da decisão tomada no controle abstrato de inconstitucionalidade – o que tornaria regra geral a produção de efeitos prospectivos -, ele admite plenamente a gradação dos efeitos temporais do provimento. Afirma que, no que tange a seus efeitos no tempo, a anulação pode ou não produzir efeitos retroativos, ou seja, pode se limitar ao futuro ou, diversamente, também se estender ao passado, de modo tal que os

---

<sup>51</sup> José Afonso da Silva (2014, p. 55), nessa senda, alerta: “A nós nos parece que essa doutrina privatística da invalidade dos atos jurídicos não pode ser transposta para o campo da inconstitucionalidade, pelo menos no sistema brasileiro, onde como nota Themístocles Brandão Cavalcanti, a declaração de inconstitucionalidade em nenhum momento tem efeitos tão radicais, e, em realidade, não importa por si só na ineficácia da lei”.

efeitos jurídicos por ela produzidos sejam atingidos (KELSEN, 2007, p. 145; KELSEN, 2006, p. 306-307).

Desde muito, o autor austríaco já demonstrara preocupação com a proteção da segurança jurídica em face das decisões do Tribunal Constitucional, que equivalem verdadeiramente a alterações legislativas, tendo alertado que o “ideal da segurança jurídica requer que, geralmente, só se atribua efeito à anulação de uma norma geral irregular *pro futuro*, isto é, a partir da anulação”. Deve-se, ainda, considerar a possibilidade de manter a norma em vigor durante determinado prazo, para evitar aquilo que a doutrina alemã denomina lacunas jurídicas ameaçadoras<sup>52</sup>. Esse prazo de transição seria equivalente à *vacatio legis*<sup>53</sup> que precede a entrada em vigor de determinada lei, e teria a função de permitir ao jurisdicionado adaptar-se à nova realidade legislativa, aumentando a confiança no sistema. No entanto, a anulabilidade pode comportar também, em seu grau mais extremo, a total retroação do pronunciamento. Certas circunstâncias podem tornar imperiosa a produção de efeitos retroativos pela decisão, o que não precisa ser entendido apenas como a anulação total, equivalendo à nulidade da lei; pode ser também um efeito retroativo excepcional, reservado a casos específicos ou a uma determinada categoria de caso.

Percebe-se, em síntese, que o próprio sistema de Direito positivo estabelece requisitos mínimos de validade para que as proposições passem a integrar o ordenamento. Preenchidas estas condições, a disposição é considerada válida e, desde que dotada de um mínimo de eficácia, vincula os jurisdicionados. Igualmente, a invalidação de uma lei, também depende do pronunciamento dos intérpretes

---

<sup>52</sup> “Alguns casos de declaração de inconstitucionalidade se a pronúncia de nulidade referem-se às chamadas lacunas jurídicas ameaçadoras (*bedrohliche Rechtslücken*), que poderiam, em caso de uma pronúncia de nulidade, ter sérias consequências, ensejando mesmo eventual caos jurídico. Esses casos têm o seu ponto comum na chamada ‘inexequibilidade da decisão cassatória’ (*Undurchsetzbarkeit der Normaufhebung*). A declaração de nulidade levaria a uma minimização (*Minimierung*), ao invés de levar a uma otimização (*Optimierung*) na concretização da vontade constitucional. A lacuna resultante da declaração de nulidade poderia fazer surgir uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional” (MENDES, 1993, p. 72-73)

<sup>53</sup> O prazo de *vacatio legis* diz respeito ao intervalo entre a entrada de determinada lei ou ato normativo no sistema (validade) e o início de sua vigência. A respeito, Tárek Moysés Moussallem explica que, neste interstício, “a enunciação-enunciada e o enunciado-enunciado pertencem ao sistema do direito positivo (são válidos) pelo que já se encontram susceptíveis de controle via ação direta de inconstitucionalidade. Não há necessidade de a norma ser vigente para que seja atacada sua suposta falta de fundamento de validade”. (2005, p. 147)

juridicamente autorizados. Assim, ao decretar a inconstitucionalidade de uma lei, a atuação do Tribunal Constitucional assemelha-se à atividade do legislador, inovando na ordem jurídica. Por isso, razões de segurança jurídica recomendam a produção de efeitos prospectivos à norma de decisão criada pelo Tribunal, tendo em vista que ninguém pode ser obrigado para o passado. No entanto, há casos em que as circunstâncias podem recomendar que esse pronunciamento atinja também algumas ou todas as situações pretéritas. Tem-se, portanto, claro que a anulabilidade do ato irregular faz com que este desapareça da esfera de validade do ordenamento. Todavia, com relação às consequências jurídicas do ato, a anulação comporta diferentes graus, tanto com relação aos seus destinatários, quanto no que concerne a seus efeitos no tempo.

### 2.2.2 O CHAMADO “PRINCÍPIO DA NULIDADE DA LEI INCONSTITUCIONAL” VERSUS A NATUREZA CONSTITUTIVA DO PROVIMENTO

Ainda no que tange aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, cumpre trazer à baila que a precipitada e por reiteradas vezes propalada ideia de que a norma dita inconstitucional seria nula *ab initio*, ou seja, de que a decisão de inconstitucionalidade produziria efeitos *ex tunc*, extirpando da ordem jurídica todos os efeitos eventualmente produzidos, apesar de ter forte guarida doutrinária e jurisprudencial, deve ser contextualizada, cabendo neste pormenor, tecer algumas observações capazes de abalar esse “dogma”<sup>54</sup>. Senão vejamos.

Primeiramente, há de se ressaltar que a ideia de nulidade da lei inconstitucional, ao contrário do que muitos querem fazer crer<sup>55</sup>, não é um postulado implicitamente contido no princípio da supremacia da Constituição.

---

<sup>54</sup> Segundo Daniel Sarmiento (1998, p. 27), a nulidade da lei inconstitucional seria um princípio constitucional implícito, um dogma inerente à tradição jurídica pátria: “Pertence à tradição do Direito brasileiro o dogma da nulidade da lei inconstitucional. Embora não haja na Constituição Federal nenhum dispositivo atribuindo expressamente eficácia *ex tunc* às decisões proferidas no controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, a doutrina e jurisprudência pátrias reconhecem, com raras vozes discrepantes, o caráter declaratório e retroativo das referidas decisões, nele vislumbrando um verdadeiro princípio constitucional implícito”.

<sup>55</sup> Gilmar Mendes (1999, p. 256) sustenta que a teoria da nulidade alicerça-se no princípio da supremacia da lei inconstitucional, donde decorre tanto o poder do juiz de negar a aplicação da lei inconstitucional, quanto a faculdade dos cidadãos de rejeitar a observância destes atos normativos.

Na verdade, a ideia de supremacia da Constituição tem uma origem ontológica própria, bastante distinta do sentido para o qual é empregada pela doutrina e jurisprudência pátria. Logo de início importa observar que a superioridade material difere da superioridade formal, porque a primeira, segundo Georges Burdeau (*apud* VELLOSO, *in* CLÈVE *et al.*, 2011, p. 72), decorre do fato de ela organizar e distribuir competências<sup>56</sup>, ao passo que a segunda, que tem maior relevância em termos jurídicos, decorre da regra da rigidez constitucional, ou seja, da certa imutabilidade que protege a Constituição, cuja alteração demanda um processo legislativo especial (VELLOSO, *in* CLÈVE *et al.*, 2011, p. 72)<sup>57</sup>. Assim, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1989, p. 18), “a supremacia da Constituição decorre de sua origem”, visto que o texto constitucional advém de “um poder que institui a todos os outros e não é instituído por qualquer outro, de um poder que constitui os demais e é por isso denominada Poder Constituinte”. É por isso que as normas que integram a ordem jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição (SILVA, J. A., 2014, p. 48), pois a Constituição rígida é a Lei Maior, suprema no ordenamento jurídico.

Os mecanismos de controle de constitucionalidade alicerçam-se justamente na noção de supremacia constitucional (VELLOSO, *in* CLÈVE *et al.*, 2011, p. 72), sendo considerados necessários para assegurar a compatibilidade das leis e atos infraconstitucionais com o texto constitucional, afastando a aplicação ou retirando a validade daquelas que lhe forem contrárias. Assim, desde já fica claro o equívoco em se dizer que a ideia de supremacia da Constituição demanda o reconhecimento de efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade. Até mesmo no ordenamento jurídico americano, em que se concebe a ideia de que a lei constitucional seria nula e írrita *ab initio* (“*null and void*”), reconhece-se que a

---

<sup>56</sup> Carlos Mário da Silva Velloso (*in* CLÈVE *et al.*, 2011, p. 72) destaca que “a Constituição britânica, p. ex., não escrita, flexível, sob o ponto de vista jurídico, é, entretanto, sob o ponto de vista sociológico, de maior rigidez que a Constituição americana, que é rígida, sob o ponto de vista jurídico”.

<sup>57</sup> José Afonso da Silva (2014, p. 48), a respeito da distinção entre superioridade formal e superioridade material observa que “A doutrina distingue supremacia material e supremacia formal da constituição. Reconhece a primeira até nas constituições costumeiras e nas flexíveis. Isso é certo do ponto de vista sociológico, tal como também se lhes admite rigidez sociopolítica. Mas, do ponto de vista jurídico, só é concebível a supremacia formal, que se apoia na regra da rigidez, de que é o primeiro e principal corolário. O próprio Burdeau, que fala na supremacia material, realça que é somente no caso da rigidez constitucional que se pode falar em supremacia formal da constituição, acrescentando que a previsão de um modo especial de revisão constitucional dá nascimento à distinção de duas categorias de leis: as leis ordinárias e as leis constitucionais”.

questão atinente aos efeitos temporais da decisão envolve uma decisão de política judiciária. Ademais, se a produção de efeitos *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade fosse uma decorrência da necessidade de preservação da Constituição, como justificar sistemas jurídicos como o austríaco, que tem uma constituição rígida – alberga, pois, a noção de supremacia constitucional -, mas estabelece como regra a produção de efeitos *ex nunc* para o pronunciamento de inconstitucionalidade? Aqui, cumpre salientar que a supremacia constitucional é, inclusive, um dos pressupostos para a teoria escalonada do ordenamento jurídico, desenvolvida por Hans Kelsen, visto que a rigidez é uma condição necessária à superioridade formal da Constituição.

Carlos Santiago Nino, dedicou-se a analisar o juiz Marshall e sua atuação no emblemático caso *Marbury vs. Madison*, primeira ocasião histórica em que foi discutida a ideia de supremacia<sup>58</sup> da Constituição – noção esta posteriormente amplamente difundida pelo ordenamento jurídico de numerosos países. Ao identificar as premissas fixadas pelo julgador, Nino (1991, p. 100) destaca, dentre elas<sup>59</sup>, que *“la supremacía de la Constitución implica que cuando entre en conflicto con una norma dictada por el Congreso esta segunda deja de ser una ley válida”*.

---

<sup>58</sup> Sérgio Resende Barros (s.d., p. 4-5), explicando a noção de supremacia da Constituição e da “paramount law” explica: “Eis como se manifestou na prática americana a necessidade da rigidez, determinando o primado da constituição sobre a lei ordinária. No fim, Marshall estigmatizou a doutrina contrária ao princípio tópico – o primado da forma constitucional – que eleva a constituição a paramount law: topo de toda a montanha do direito. Aos que controvertem esse princípio, reduziu-os à cegueira que subverte o direito constitucional”.

Acerca do modelo americano de controle de constitucionalidade, destaca, ademais: “No entanto, embora seja assim permanente e imanente no constitucionalismo, conatural e necessário à constituição escrita, o controle de constitucionalidade nasceu sob o teto de uma constituição que não o previa expressamente. Surgiu na prática jurisprudencial norte-americana. Naquela decisão pioneira – redigida por Marshall como juiz-presidente da Suprema Corte, conforme praxe por ele mesmo introduzida – uma lei foi pela primeira vez declarada por um juiz inválida, nula, vazia (void) perante a Constituição dos Estados Unidos da América, que ainda estava em consolidação. Não haviam passado sequer duas décadas desde que ela entrara em vigor e já um juiz – o mais célebre de quantos têm integrado a Suprema Corte – enfrentava um caso melindroso, no qual injunções políticas se combinavam com razões jurídicas, como acontece nas questões maiores da república”.

<sup>59</sup> Interessante transcrever as sete premissas elencadas por Carlos Santiago Nino (1991, p. 100), bem como a conclusão delas decorrente:

“Premisa 1: el deber Del Poder Judicial es aplicar la ley.

Premisa 2: cuando hay dos leyes contradictorias, no hay más remedio que aplicar una desechando la otra.

Premisa 3: la Constitución es la ley suprema y define qué otras normas son ley.

Premisa 4: la supremacía de la Constitución implica que cuando entre en conflicto con una norma dictada por el Congreso esta segunda deja de ser una ley válida.

Premisa 5: la negociación de la premisa anterior supondría que el Congreso puede modificar la Constitución dictando una ley ordinaria, por lo que la Constitución no sería operativa para limitar al Congreso.

Celso Agrícola Barbi (*in* CLÈVE *et al.*, 2011, p. 88) explica que a Constituição é a lei mais alta da ordem jurídica, a lei fundamental, e o legislador ordinário deve a ela se subordinar. Por esse motivo, não se pode admitir a validade da lei contrária à Constituição – caso contrário, estaríamos admitindo uma reforma constitucional fora do procedimento estabelecido para tanto, ou seja, negando a própria supremacia constitucional.

Nesse contexto, vale destacar que a atribuição de efeitos *ex nunc* à decisão de inconstitucionalidade não implica em conferir validade a uma lei contrária à Constituição, visto que para que haja inconstitucionalidade, como vimos, é necessário um ato de linguagem, exarado pelos intérpretes autorizados pelo sistema, e nos moldes do procedimento previsto para tanto. Conferir efeitos prospectivos à decisão de inconstitucionalidade, a princípio, não viola a noção de supremacia da Constituição, mas apenas consolida os efeitos jurídicos já produzidos por uma lei até então considerada válida, nos moldes definidos pela própria ordem jurídica. Resta, portanto, demonstrado que não faz sentido sustentar a teoria da nulidade absoluta da lei inconstitucional, da retroatividade automática e ilimitada da decisão de inconstitucionalidade, calcado no fundamento de que isso seria uma decorrência da supremacia da Constituição.

Parece-nos, no entanto, que, quando a doutrina tradicional invoca a supremacia da Constituição, confunde-a com ideia da máxima efetividade do texto constitucional. Nessa senda, cumpre destacar que a máxima efetividade da Constituição, ou mesmo a supremacia, não são princípios que entram em conflito, eles são justamente os guias; os parâmetros essenciais desse sopesamento, expresso, sobretudo, na ideia de proporcionalidade: deve-se optar pela solução – seja ela qual for: *ex nunc*, *ex tunc*, *pro futuro* ou até mesmo a fixação de um marco temporal no passado – que melhor otimize a concreção dos valores tutelados pela Constituição. E, como já afirmado alhures, a experiência nos mostra que, por vezes, a

---

Premisa 6: el Congreso está limitado por la Constitución.

Premisa 7: si una norma no es una ley válida carece de fuerza obligatoria.

Conclusión: una ley contraria a la Constitución no debe ser aplicada por el Poder Judicial”

materialização dos valores constitucionais se dá de forma muito mais efetiva quando a eficácia temporal da decisão for limitada no tempo.

Além disso, Gilmar Mendes, defende que, nos casos em que se confere eficácia *ex nunc* ou *pro futuro* à decisão de inconstitucionalidade haveria uma colisão envolvendo o “princípio da nulidade da lei inconstitucional”, que seria um princípio implícito em nosso ordenamento. Em respeitável obra sobre o assunto (MENDES, 1999, p. 317), afirma que “o dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do direito brasileiro. A teoria da nulidade tem sido sustentada por praticamente todos os nossos importantes constitucionalistas”. Todavia, as razões apresentadas tradicionalmente pelo direito brasileiro não convencem.

O primeiro argumento pode ser colocado em xeque pela lembrança de que o controle de constitucionalidade brasileiro fincou suas raízes históricas no sistema americano de controle, construído com base no controle difuso, ou seja, sistema em que, devido ao modelo de controle de constitucionalidade adotado, prevalecia a ideia da nulidade da lei inconstitucional.

A segunda assertiva, no sentido de que a teoria da nulidade da lei inconstitucional deve prevalecer por ser aquela “sustentada por todos os nossos importantes constitucionalistas” nada mais é do que um argumento de autoridade, que não traz qualquer fundamento que possa ser refutado.

Com relação à tradição brasileira, Gilmar Mendes reconhece que, apesar de termos importado a concepção americana, segundo a qual o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei implicaria em sua nulidade absoluta, não havia uma teoria desenvolvida a respeito da nulidade da lei inconstitucional<sup>60</sup>. E completa:

Consoante essa orientação, admite-se que todos os atos praticados com base na lei inconstitucional estão igualmente eivados de ilicitude. Essa

---

<sup>60</sup> Além disso, também pela fala de outros autores, percebe-se que a teoria dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade foi desenvolvida para o controle difuso e, quando introduzido o controle concentrado, a questão não foi repensada sob a égide do modelo misto: “Encontra-se, hoje, superada a discussão a respeito dos efeitos produzidos pela decisão que declara a inconstitucionalidade de ato normativo, se *ex tunc* ou *ex nunc*. Já foi afirmado, quando tratou-se da fiscalização incidental, que influenciado pela doutrina e jurisprudência americanas, o direito brasileiro acabou por definir que a inconstitucionalidade equivale à nulidade absoluta da lei ou ato normativo” (CLÈVE, 1995, p. 163).



orientação, que já era dominante antes da adoção do controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro, adquiriu, posteriormente, quase o significado de um verdadeiro axioma.

Assim, resta evidenciado pelo próprio autor que a importação da teoria da nulidade da lei inconstitucional do sistema americano para o sistema pátrio se deu sem qualquer reflexão aprofundada, como típico de diversos institutos em nosso sistema. Ou seja, não houve a preocupação em se aferir a compatibilidade de recepção dessa teoria em nosso ordenamento, que tem marcantes traços de distinção em relação ao ordenamento estadunidense.

Percebe-se ainda que sequer procurou-se entender a razão pela qual essa fora a opção dos americanos, pois, “não o apontam os tratadistas americanos (...) limitando-se a enunciar o princípio, em termos categóricos: a lei declarada inconstitucional deve ser considerada, para todos os efeitos, como se jamais, em qualquer tempo, houvesse possuído eficácia jurídica”.

Ora, a orientação quanto à nulidade *ab initio* da norma declarada inconstitucional era dominante *antes* da existência do controle abstrato de constitucionalidade, que apenas passou a ser admitido no sistema jurídico brasileiro com a Constituição Federal de 1988. Desde a Constituição Imperial (1824) até 1988, o ordenamento pátrio apenas previa o controle concreto de constitucionalidade, à semelhança do sistema americano. Ocorre que, quando o sistema de controle tornou-se misto, doutrina e jurisprudência, sem repensar o tema com acuidade, apenas perpetuaram aquilo que já vinha sendo dito quanto ao controle difuso, desprezando as peculiaridades do controle abstrato.

Faz-se mister consignar, ainda, que significativa parcela da doutrina que sustenta a produção de efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade desde a edição do ato impugnado, o faz calcado no chamado “princípio da nulidade da lei inconstitucional”<sup>61</sup>. Nada obstante a isto, não há como se dizer que a lei inconstitucional é nula *ab initio*, e que, por isso, nunca teve qualquer aptidão para produzir efeitos. A lei, desde a sua publicação, é protegida pela presunção de

---

<sup>61</sup> Apenas a título de exemplo, confira-se: Clemerson Merlin Clève (1995), Gilmar Ferreira Mendes (2005), Olavo Ferreira (2016).

constitucionalidade, pela proteção da confiança dos cidadãos e pelo princípio da força obrigatória da lei, que decorre da ideia do contrato social; a lei representa, em última instância, a própria vontade dos cidadãos, que, por isso, estão juridicamente obrigados a cumpri-las regularmente até que, se for o caso, uma autoridade competente, mediante o procedimento adequado, decida por sua inconstitucionalidade, retirando-a do ordenamento jurídico.

Há que se recordar que o “princípio da nulidade da lei inconstitucional” adveio de uma subteorizada importação da teoria americana, concebida no seio do controle incidental de constitucionalidade e que não sofreu as necessárias adaptações ao sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, sobretudo a partir de previsão do controle concentrado, formando-se o modelo híbrido que hoje encontramos em nosso ordenamento.

Não é adequado falar em “princípio da nulidade da lei inconstitucional”. Os princípios equivalem a direitos fundamentais (ALEXY, 2015, *passim*) e a ideia de nulidade da norma inconstitucional não tem esse caráter – nem, tampouco, caráter de regra –; seria, no máximo, um axioma. Como se não bastasse, a nulidade da lei inconstitucional, apesar de ser chamada de “princípio”, é colocada como algo absoluto, como uma verdadeira regra de preferência, já pré-estabelecida para todas as situações de inconstitucionalidade. Nesse sentido, ainda que se entendesse a nulidade da lei inconstitucional como um princípio em nosso sistema jurídico, haveria de se admitir que, assim como qualquer outro princípio, não se pode falar em uma aplicação estanque do “princípio da nulidade da norma inconstitucional”, visto que não há princípios absolutos. Os princípios são mandados de otimização, que comportam uma realização gradual, e devem ser utilizados na medida em que provoquem a menor intervenção possível ao princípio a que ele se contrapõe. Ou seja, os princípios colidentes têm sua realização normativa limitada reciprocamente, motivo pelo qual, ainda que se admitisse o caráter principiológico da ideia de nulidade da lei inconstitucional, não seria adequado falar-se em uma preponderância absoluta sobre todo e qualquer princípio que com ele venha colidir.

O eminente Ministro Sepúlveda Pertence, no voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 526 (BRASIL, 1993) reputa existente o preceito chamado de

nulidade da lei inconstitucional, atribuindo-lhe *status* de princípio constitucional, mas, ainda assim, salienta que esta ideia deve comportar temperamentos:

Não se está a negar caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão; exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica).

Assim, configurado eventual conflito entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, que, entre nós, tem status constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em um processo de complexa ponderação. Em muitos casos, há de se preferir a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos à insegurança jurídica de uma declaração de nulidade, como demonstram os múltiplos exemplos do direito comparado e do nosso direito.

Em outras palavras, a aceitação do princípio da nulidade da lei inconstitucional não impede que se reconheça a possibilidade de adoção, entre nós, de uma declaração de inconstitucionalidade alternativa. Ao revés, a adoção de uma decisão alternativa é inerente ao modelo de controle de constitucionalidade amplo, que exige, ao lado da tradicional decisão de perfil cassatório com eficácia retroativa, também decisões de conteúdo outro, que não importem, necessariamente, na eliminação direta e imediata da lei do ordenamento jurídico.

Infelizmente, o que se costuma observar rotineiramente é a aplicação indistinta e direta do “princípio da nulidade da lei inconstitucional” como se regra fosse – e não uma regra qualquer, mas uma regra suprema, empregada direta e infalivelmente, com força absoluta, maior que quaisquer outras regras, normas e valores presentes no texto constitucional –, implicando no desfazimento de todos os efeitos produzidos anteriormente.

Os defensores do “princípio da nulidade da lei inconstitucional” sustentam ser ele uma decorrência direta do princípio da supremacia da Constituição<sup>62</sup>. No entanto,

---

<sup>62</sup> “O fundamento da doutrina americana e brasileira está, pois, em que, no conflito entre a lei ordinária e a Constituição, esta sempre prepondera sobre aquela. Se a lei inconstitucional pudesse adquirir validade, ainda que temporariamente, resultaria daí uma inversão na ordem das coisas, pois, durante o período de vigência da lei, se suspende necessariamente a eficácia da Constituição. Ou, em outras palavras, o respeito à lei ordinária significa desacato à autoridade de Constituição.” (BUZAID, 1958, p. 131). “O Direito Constitucional brasileiro sempre reconheceu à sentença declaratória de inconstitucionalidade eficácia *ex tunc*. Como é sabido, a razão desse antigo entendimento, estabelecido na esteira de clássicos pronunciamentos da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, reside no princípio da supremacia da Constituição. A lei, quando editada, já nasce em conformidade ou em desconformidade com a Constituição. Quando se verifica a segunda hipótese, a lei é, desde sua origem, <<nula>> e <<írrita>>, - que é como por vezes se traduz *null and void* – não podendo, por isso mesmo, produzir qualquer efeito jurídico, pois, se assim, não ocorresse, haveria uma inversão na hierarquia das normas, passando a Constituição a ocupar posição inferior à

conforme já demonstrado, o princípio da supremacia da Constituição advém da ideia de rigidez do texto constitucional isso em nada contribui para a defesa da tese da nulidade da lei inconstitucional. A supremacia da Constituição apenas pode ser identificada em ordenamentos que se alicerçam sobre as bases de uma Constituição rígida, que prevê um processo diferenciado para a alteração de seu texto. Neste sentido, salienta Jorge Miranda (1996, p. 37):

Na verdade, o critério desta distinção — para o seu grande autor, James Bryce, a distinção principal a fazer entre todas as Constituições — está na posição ocupada pela Constituição perante as chamadas leis ordinárias. Se ela se coloca acima destas, num plano hierárquico superior, e encerra características próprias, considera-se rígida; ao invés, se se encontra ao nível das restantes leis, sem um poder ou uma forma que a suportem em especial, é flexível. Apenas as Constituições rígidas, e não também as Constituições flexíveis, são limitativas, porque ultrapassam as leis e prevalecem sobre as suas estatuições”. A rigidez constitucional é uma *conditio sine qua non* para a existência do controle de constitucionalidade. Não há falar em controle em relação a Constituições flexíveis, modificáveis pelo processo legislativo ordinário. Isto porque, nas Constituições flexíveis, o legislador comum tem sempre a prerrogativa do legislador constituinte. Assim, não existe o que proteger por via do controle, ao menos em relação ao conteúdo das normas constitucionais<sup>7</sup>. A superioridade da Constituição decorre tanto do reconhecimento de possuir ela um valor normativo hierarquicamente superior (superlegalidade material) às demais normas, que faz daquela um parâmetro obrigatório para estas, quanto da ideia de ser a Constituição uma norma primária da produção jurídica, decorrendo daí a tendência à sua rigidez (superlegalidade formal).

A noção de rigidez do texto constitucional relaciona-se com a necessidade de se proteger aqueles valores tidos por mais caros na sociedade à qual pertence a Constituição. A supremacia correlaciona-se com a necessidade de proteção dos direitos fundamentais por via das cláusulas pétreas. Há, portanto, um direito fundamental, subjetivo, à supremacia ou à garantia de rigidez da Constituição. Portanto, a noção de supremacia é um dos fundamentos para a existência de mecanismos de controle de constitucionalidade. No entanto, ela nada nos diz a respeito dos efeitos temporais das decisões proferidas no exercício desse controle.

Nesse espeque, deve prevalecer a Constituição considerada em todo o seu corpo normativo. Para tanto, devem ser analisados os valores envolvidos, tornando possível conferir à decisão os efeitos temporais que melhor contribuam para a

---

da lei ordinária, uma vez que esta seria aplicada em detrimento daquela”. (SILVA, A. R. M. C., 2005, p. 11-12)

concretização da efetividade de todos os bens jurídicos protegidos pelo texto constitucional.

### 2.2.3 OUTROS FUNDAMENTOS JUSTIFICADORES DOS EFEITOS PROSPECTIVOS DA DECISÃO

Demonstrada a natureza constitutiva da decisão proferida no controle de constitucionalidade de lei em tese e também a insuficiência do chamado “princípio da nulidade da lei inconstitucional” ou da ideia de supremacia da Constituição para justificar o entendimento tradicional da doutrina e jurisprudência, no sentido de atribuir efeitos *ex tunc* à decisão de inconstitucionalidade, cumpre enunciar outros fundamentos que corroboram o entendimento segundo o qual a atribuição de efeitos *ex nunc* se apresenta como solução mais racional, em vista das características do modelo e das peculiaridades do sistema considerado. Importante salientar que, ao demonstrarmos a necessidade lógica de inversão da regra tida como geral pela corrente dominante, hora alguma sustentamos a supressão dos temperamentos da regra, muito pelo contrário, reconhecemos a insuficiência dos entendimentos extremos para atender à rica demanda da complexa sociedade atual.

Conforme já destacado, o provimento que retira o preceito reputado inconstitucional do ordenamento extirpa da ordem jurídica o preceito submetido ao controle de constitucionalidade, caracterizando antes uma desconstituição do que simples declaração, que se restringe aos casos de mera constatação jurídica de certeza.

Além de ser uma decorrência da própria natureza da decisão, vale destacar que o controle atinge diretamente a lei, abstratamente considerada e, tendo em vista a presunção de constitucionalidade de que gozam as leis e os atos normativos – ou presunção de validade, nos termos do pensamento de Hans Kelsen -, dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança do cidadão decorre o dever de se respeitarem as relações firmadas e os atos praticados de boa-fé sob sua égide, que observaram aquelas presunções. Assim, a decretação de inconstitucionalidade não pode ignorar esses fatos, simplesmente apagando os efeitos já consolidados dos atos reputados inconstitucionais (JEVEAUX, 2015, p. 270).

Por certo, a atividade do Poder Judiciário, nos casos de controle de constitucionalidade, seja ela meramente negativa ou também positiva, em muito se aproxima da atividade do legislador. E, como regra geral, as leis destinam-se a atingir fatos ocorridos apenas após a sua edição. O Código de Direito Canônico, desde muito, já consignara que “as leis visam o futuro, e não o passado, a não ser que explicitamente nelas se disponha algo sobre o passado” (Cân. 9). Vicente Ráo (1999, p. 428), invoca as palavras de Portális para dizer que “o passado pode deixar dissabores, mas põe a termo todas as incertezas” <sup>63</sup>.

A proteção ao passado pode ser vista também no artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal, segundo a qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Outrossim, o artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) garante que “a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitando o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

Na seara tributária, por sua vez, o artigo 150, III, a da Constituição Federal veda expressamente à União, os Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei anterior que o estabeleça. O artigo 106 do Código Tributário Nacional prevê algumas exceções à irretroatividade: a lei meramente interpretativa <sup>64</sup>, excluída desta a aplicação de penalidade relativa à infração dos dispositivos interpretados, e, em se tratando de ato não definitivamente julgado, a nova lei que dê tratamento mais favorável ao contribuinte, em síntese <sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> “A inviolabilidade do passado é princípio que encontra fundamento na própria natureza do ser humano, pois, segundo as sábias palavras de Portális, o homem, que não ocupa senão um ponto no tempo e no espaço, seria o mais infeliz dos seres, se não pudesse julgar seguro nem sequer quanto à sua vida passada. Por essa parte de sua existência, já não carregou todo o peso do seu destino? O passado pode deixar dissabores, mas põe termo a todas as incertezas. Na ordem do universo e da natureza, só o futuro é incerto e esta própria incerteza é suavizada pela esperança, a fiel companheira da nossa fraqueza. Seria agravar a triste condição da humanidade querer mudar, através do sistema da legislação, o sistema da natureza, procurando, para o tempo que já se foi, fazer reviver as nossas dores, sem nos restituir as nossas esperanças”. (RÁO, 1999, p. 428)

<sup>64</sup> A lei interpretativa, para realmente o sê-la, produzindo efeitos retroativos, não pode alterar os direitos e deveres resultantes do sistema já existente, ou seja, não basta que determinada lei se autoproclame interpretativa. Neste sentido, observa Luciano Amaro (1999, p. 191): “Com efeito, a dita ‘lei interpretativa’ não consegue escapar do dilema: ou ela inova o direito anterior (e, por isso, é retroativa, com as consequências daí decorrentes), ou ela se limita a repetir o que já disser a lei anterior (e, nesse caso, nenhum fundamento lógico haveria, nem para a retroação da lei, nem, em rigor, para sua edição). Não se use o sofisma de que a lei interpretativa estaria “apenas” dizendo como deve ser aplicada (inclusive pelo juiz) a lei anterior, nem se argumente que o legislador estaria “somente” elucidando o que ele teria pretendido dizer com a lei anterior”.

<sup>65</sup> Roque Antônio Carrazza (2006, p. 342) observa que a irretroatividade é um reforço ao princípio da segurança jurídica: “A segurança jurídica, um dos pilares de nosso Direito, exige, pois, que as leis

Segundo Misabel Abreu Machado Derzi, a irretroatividade prevista na Constituição Federal, alcança apenas as leis, de modo que não atinge os atos do Poder Executivo ou do Poder Judiciário. Assim, as hipóteses nas quais as decisões judiciais adotam interpretação diversa da anteriormente consolidada, em especial quando isso ocorre no seio dos tribunais de superposição, responsáveis pela uniformização da jurisprudência<sup>66</sup> o norte deve ser a preservação da segurança jurídica, de modo que “em todas essas situações, emergirá, das águas profundas do sistema, aquilo que lhe é vital: confiança” (2009, p. 450). De modo diverso, entendemos que, independente do poder estatal do qual emanou o ato, sendo ele dotado das características típicas de lei, tal como a abstração, generalidade e a eficácia vinculante e/ou *erga omnes*, torna-se possível a aplicação da irretroatividade. De todo modo, o objetivo final continuará sendo a preservação da segurança jurídica e da confiança dos jurisdicionados.

Tendo-se em conta que a atividade jurisdicional é uma atividade criativa, o magistrado, em sua decisão, cria direito novo. A norma criada, a partir de certo momento, transmuda-se em expectativa normativa para aqueles cidadãos que enfrentam casos semelhantes àqueles apreciados na decisão (DERZI, 2009, p. 248)<sup>67</sup>. Na concepção adotada pela autora, precedente ou jurisprudência consolidada, ou seja, aquelas decisões aptas a gerar nos jurisdicionados expectativas legítimas são aquelas pacificadas por um tribunal superior, de tal modo vinculante que permita ao

---

tributárias tenham o timbre de irretroatividade. Afinal, a necessidade de assegurar-se às pessoas a intangibilidade dos atos e fatos lícitos já praticados impõe sejam as leis tributárias retroativas”. Admite Carrazza, entretanto, que, em respeito à Constituição, afigura-se aceitável a retroatividade da lei tributária que corrige uma situação de ilegalidade, desde que não viole outras garantias fundamentais.

<sup>66</sup> Nesse sentido, Luís Cesar Souza de Queiroz (2006, p. 427) observa: “Esse fenômeno pragmático da mutabilidade das decisões judiciais, em especial a dos Tribunais Superiores responsáveis pela uniformização da jurisprudência, precisa ser minudentemente analisado, a fim de que mediante uma adequada ponderação dos mais augustos valores, seja possível construir conclusões coerentes a responsáveis, que conduzam à Justiça, sem detrimento da Segurança Jurídica”.

<sup>67</sup> Calha aqui transcrever importante excerto em que Misabel Abreu Machado Derzi (2009, p. 266-267) explica o fenômeno: “Uma vez exercida a escolha ‘livre’ pelo Poder Judiciário, com base nas alternativas autorizadas pela norma legal, enfim dando-se ao encontro do Direito, formam-se expectativas normativas, agora mais precisas e determinadas, a dirigir o comportamento das pessoas. Interessam-nos as mudanças de jurisprudência, as reviravoltas jurisprudenciais, seus limites e princípios a observar. Se, supervenientemente, o Poder Judiciário muda a sua decisão, escolhendo uma outra alternativa (antes possível, em razão do leque de significados da cadeia de signos), *cria nova norma*, específica e determinada. Tal norma nova equivale a uma *nova lei*”, pois a lei anterior, ainda vigente no sentido formal, tinha sido dotada de um só conteúdo unívoco, pois sofrera o esvaziamento dos demais sentidos alternativos, por decisão do próprio Poder Judiciário”.

julgador recusar-se à reanálise de casos similares, tal como os são as decisões tomadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, após devidamente consolidadas no sistema. É o trânsito em julgado, ou seja, a definitividade, a irreversibilidade do provimento pelo tribunal que tem aptidão para gerar legítima expectativa nos jurisdicionados, que passam a pautar suas condutas no entendimento fixado pela Corte Maior<sup>68</sup>.

Assim, nas palavras de Geovany Jeveaux (2015, p. 275):

7) deve-se respeitar também a confiança daqueles que foram obrigados a respeitar a lei no tempo de sua vigência e eficácia, a fim de que a decisão não seja uma pena àqueles que cumpriram o preceito e um elogio àqueles que o descumpriram; 8) existem, com isso, certas garantias de posições individuais que igualmente devem ser respeitadas, como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e acabado e a coisa julgada, ainda que todas elas tenham como fonte o mesmo preceito só depois proclamado inconstitucional, porque ao tempo da constituição do direito, de sua consumação ou do trânsito em julgado da sentença que reconheça um direito baseado no mesmo dispositivo, ele era obrigatório (força obrigatória da lei), presumido válido, vigente e eficaz; 9) desse modo, os efeitos *ex nunc* do controle concentrado se tornam um equivalente do princípio da irretroatividade, que é também a regra no direito constitucional brasileiro.

Além disso, conforme já salientado, os dispositivos submetidos ao controle abstrato de constitucionalidade são considerados válidos pela ordem jurídica e, para deixarem de sê-lo, é necessário ato praticado pela autoridade competente, nos moldes previstos pelo sistema. Ou seja, em regra, o jurisdicionado que descumprir uma lei alegando sua inconstitucionalidade, assume os riscos de eventuais sanções, caso a autoridade competente afirme sua constitucionalidade.

---

<sup>68</sup> Misabel Abreu Machado Derzi (2009, p. 259), citando doutrina alemã, afirma que, para o reconhecimento da jurisprudência como precedente, é importante saber se a decisão final é imutável e tomada por um órgão que ocupe a posição de instância decisória máxima no sistema para exercer jurisdição naquele determinado campo de competência, sendo inclusive despidendo considerar o tempo decorrido. Em sentido oposto, sustentando que não há como se fixar um marco para a efetiva superação de precedente, que pode se desgastar gradualmente, de modo que perde a capacidade de gerar expectativas legítimas leciona Ravi Peixoto (2016, p. 233-237), para quem, quando há alteração de precedentes, a omissão da decisão pressupõe efeitos retroativos, e a concessão de efeitos prospectivos condiciona-se à adequada fundamentação do órgão jurisdicional, atrelada à proteção da expectativa legítima dos jurisdicionados. Ainda assim, especificamente na hipótese em comento, chegaríamos à mesma conclusão, pois a situação em comento enquadra-se justamente nos casos que o autor coloca como exceção no seguinte trecho: “O único momento em que a superação de precedentes se aproxima da alteração do texto normativo é quando um determinado entendimento consolidado e que não tenha sido alvo de inúmeras modificações no decorrer do tempo é superado sem qualquer espécie de sinalização anterior” (2016, p. 233).



As raízes históricas do modelo concentrado e abstrato de constitucionalidade muito nos dizem a respeito do que deve ser sua regra geral de produção de efeitos no tempo. Referido controle foi concebido por Hans Kelsen em 1920 em oposição ao controle difuso e concreto, cujo marco de surgimento data de 1803, com o julgamento do caso *Marbury v. Madison*. Neste último modelo, os provimentos são, em regra, retroativos, porque há verdadeira *declaração* de inconstitucionalidade, visto que o processo busca tutelar um determinado direito material pretensamente surgido em uma relação anterior à instauração do processo, e cuja decisão tem como questão prejudicial a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo<sup>69</sup>.

Interessante observar que, mesmo no caso do controle difuso de inconstitucionalidade, originalmente, o ordenamento pátrio adotou estrutura peculiar de controle, que não comportaria a adoção integral da teoria americana. Isso porque, até que o Senado Federal suspenda a aplicação da lei ou ato proclamado inconstitucional, nos moldes do artigo 52, X da Constituição Federal, em tese, a lei continua válida e aplicável (SILVA, J. A., 2014, p. 55). Assim, o ato normativo impugnado apenas tem sua aplicação afastada no caso concreto, de maneira incidental.

Resumindo o entendimento aqui exposto, calha tomar emprestadas algumas palavras de Ravi Peixoto (2016, 223-225), ao consignar que:

[...] um ponto importante da doutrina de Kelsen [...] é que ele não adotada eficácia *ex nunc* como inerente ao juízo de inconstitucionalidade. Ele próprio já admitia a produção de efeitos retroativos em tais decisões no controle difuso. A questão é que os efeitos temporais prospectivos estariam relacionados com a questão da segurança jurídica, mas nada impediria que o ordenamento jurídico conferisse efeitos retroativos. Na Áustria, onde o controle de constitucionalidade foi construído com base nas lições de Kelsen, desde a lei de revisão constitucional de 1929, passou-se a prever a eficácia temporal retroativa, muito embora apenas para o caso concreto em que decidida a questão.

---

<sup>69</sup> Neste ponto, lembre-se ainda que, na hipótese da decisão ocorrer no seio de um caso concreto, Hans Kelsen, mesmo entendendo que toda decisão judicial tem natureza constitutiva, já admitira a produção de efeitos retroativos, mormente porque apesar do fato natural apenas se tornar jurídico pela manifestação do órgão aplicador, deve considerar-se seu momento de produção no instante identificado pelo órgão aplicador como de sua ocorrência no mundo do ser. Nas palavras do autor tedesco: “O fato não é tido como somente produzido no momento da sua verificação (scl. por parte do órgão), mas como produzido no momento verificado pelo órgão aplicador do Direito, quer dizer, como posto ou produzido no momento em que o fato natural - de acordo com a verificação do órgão aplicador do Direito - se produziu”. (KELSEN, 2006, p. 266)

O que se pode concluir é que, ao contrário dos norte-americanos, a eficácia *ex tunc* não é inerente à inconstitucionalidade, mas uma opção do direito positivo. Em outras palavras, as consequências da deficiência do suporte fático são uma questão *jurídico-positiva*, e não *lógico-jurídica*.

No Brasil, os debates sobre a temática demoraram a ter relevância porque, em geral, afirma-se que a lei inconstitucional é nula, o que, em tese, faria com que se inserisse a norma no plano da validade, mas se afirma que ela é declaratória e que ela não entraria sequer no ordenamento jurídico. Isso é incompatível com o plano da validade, que pressupõe a inserção do fato jurídico no ordenamento para, após, reconhecer nele um vício. Pelo tratamento dado pela doutrina em geral, é possível entender que a norma é, na verdade, inexistente, sendo necessário então sustentar-se sua eficácia declaratória. Com o reconhecimento da sua inserção no plano da existência, a eficácia *ex tunc* do juízo de inconstitucionalidade seria da sua própria natureza.

Os legisladores e operadores do direito vêm reconhecendo paulatinamente a insuficiência de entendimentos extremados no que tange aos efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade. Por essa mesma razão, o § 3º do artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015, expressa que, na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver “modulação” dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

No Enunciado nº 55, editado pelo Fórum Permanente de Processualistas Civis, grandes processualistas do país todo concordaram que, “pelos pressupostos do § 3º do art. 927, a *modificação do precedente tem, como regra, eficácia temporal prospectiva*. No entanto, pode haver modulação temporal, no caso concreto”. Curioso notar que, em se tratando de superação de precedentes, os operadores do direito não parecem oferecer tanta resistência ao entendimento que privilegia a produção de efeitos prospectivos da decisão. A lógica é muito semelhante àquela que permeia as decisões de inconstitucionalidade, caso em que, no entanto, o mesmo entendimento enfrenta grande oposição. Isso se explica, em grande parte, em razão da tradição jurídica brasileira, já arraigada na mentalidade dos operadores do sistema, mas que, conforme já demonstrado, construiu-se a partir do modelo americano de controle, essencialmente difuso e concreto.

Vale reiterar que, em regra, as decisões no controle difuso não produzem efeitos do plano da validade. O preceito inconstitucional tem sua aplicação afastada porque, em razão de sua contrariedade com o texto constitucional, este nunca integrou

validamente a ordem jurídica, de modo que não se mostra apto a produzir quaisquer efeitos<sup>70</sup>. Já as decisões proferidas no modelo kelseniano, atuam diretamente no plano da validade, seja apenas da norma, seja também do texto legal, assemelhando-se, também aqui, aos atos emanados do Poder Legislativo, os quais têm, como regra geral, o timbre da irretroatividade.

Embora a fronteira entre os dois modelos de controle venha se tornando cada vez menos nítida, não há como ignorar que trazem peculiaridades que impõem um raciocínio coerente com suas características. Nesse sentido, salutar lembrar que, por óbvio, a aproximação de ambos os modelos é reflexo de uma insuficiência de correntes extremadas para atender à crescente complexidade da sociedade atual, motivo pelo qual, não obstante proponhamos a produção de efeitos prospectivos como uma solução lógica mais adequada ao modelo abstrato de controle de constitucionalidade, defendemos, também uma análise do contexto e das consequências de decisão que, não raras vezes, justificarão a retroação da decisão.

Como se não bastasse, sobreleva salientar que, no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, entender-se ser regra geral a produção de efeitos prospectivos é também mais coerentes com os efeitos da concessão da medida cautelar. Diversamente do que ocorre com os efeitos temporais do provimento final de inconstitucionalidade, o ordenamento jurídico regula expressamente os efeitos temporais da medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Nesse sentido, a Lei nº 9.868/1999 dispõe, em seu artigo 11, § 1º, que a medida cautelar *será concedida com efeito ex nunc, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa*.

### **2.3 O desenho temporal dos efeitos da decisão como decorrência da aplicação da Constituição Federal**

---

<sup>70</sup> Interessante notar que, tanto a doutrina americana, quanto Hans Kelsen entendem ser a expressão “lei inconstitucional” uma contradição em seus próprios termos. Para os americanos, é contraditório, porque uma lei inconstitucional, na verdade, é uma “não lei”. Já Kelsen, entende que a expressão é uma *contraditio in adjecto* porque um enunciado, para ser considerado lei, deve cumprir os requisitos de validade previstos pelo sistema, presumindo-se, a partir de então, estar em conformidade com a Constituição. Identificada a inconstitucionalidade, esse texto deixa de ser entendido como parte da ordem jurídica, como lei.

### 2.3.1 DO DEVER-PODER DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE DEFINIR, *SPONTE PROPRIA*, O ALCANCE TEMPORAL DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Em que pese a natureza constitutiva da decisão de inconstitucionalidade, em sede de jurisdição constitucional, não é ela elemento decisivo para a definição dos efeitos temporais do pronunciamento jurisdicional<sup>71</sup>, uma vez que, conforme já destacado, também a anulabilidade pode comportar graus e efeitos jurídicos diversos. Mais razoável seria desenhar o alcance temporal dos efeitos da inconstitucionalidade de acordo com as peculiaridades da hipótese, com base em critérios racionais.

A definição dos efeitos temporais da inconstitucionalidade deve, na verdade, visar à concretização dos valores tutelados pela Constituição, à realização da máxima efetividade do texto constitucional. Com isso, quer-se dizer que, independente de previsão legal, desde a edição da Constituição Federal de 1988, que consagrou direitos tais como a segurança jurídica, a irretroatividade da lei, a anterioridade da pena, a legalidade, a presunção de constitucionalidade das leis, já seria possível a manipulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Isso porque, não há como se dizer, genericamente, que há uma regra que melhor concretize os valores tutelados pela ordem jurídica pátria. Ou seja, nem sempre a produção de efeitos *ex tunc* concretizará, de forma mais efetiva, os direitos constitucionalmente relevantes – e o mesmo pode ser dito quanto à aplicação estanque da eficácia *ex nunc* à decisão de inconstitucionalidade.

Em razão disso, Eduardo García de Enterría (1992, p. 10), citando sentença proferida pelo tribunal espanhol, afirma que nem essa vinculação entre inconstitucionalidade e nulidade é sempre necessária, nem os efeitos da nulidade, no que tange ao passado, vêm definidos na lei, que deixa ao tribunal a tarefa de precisar o seu alcance em cada caso.

---

<sup>71</sup> “Parece equivocado distinguir a revogação e a anulação pelos efeitos produzidos no sistema normativo por cada uma delas. Não se pode discernir entre ambas pelos efeitos que acarretam no sistema normativo, da mesma forma que é enganosa a classificação das sentenças em declaratórias ou constitutivas de acordo com os efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* por elas produzidos. Trata-se de inversão do efeito pela causa.” (MOUSSALLEM, 2005, p. 234)

Em verdade, não é possível fixar um único limite ou marco para toda e qualquer decisão judicial acerca da inconstitucionalidade de uma lei, descurando-se dos possíveis efeitos que aquela decisão irá provocar na sociedade. A atividade do julgador não termina no ato de expurgar a norma do sistema. Faz-se necessário ir além; faz-se necessário verificar, com olhos na Constituição, se aquela norma, enquanto permaneceu no sistema jurídico, com presunção de constitucionalidade, provocou danos aptos a ensejar a extinção de todos os efeitos e, conseqüentemente, o reparo dos danos, ou se, pelo contrário, a extinção de seus efeitos é que provocaria danos aptos a ensejar a manutenção dos efeitos já produzidos. Não se nega que esta é uma das tarefas mais difíceis do intérprete. Contudo, não pode ser deixada ao largo, sobretudo quando são constantes e muitas vezes sutis as controvérsias a respeito constitucionalidade ou inconstitucionalidade de dada lei.

Sobre o tema, afirma Laurence H. Tribe (1988, p. 27):

No caso *Linkletter v. Walker*, a Corte rejeitou ambos os extremos: 'a Constituição nem proíbe nem exige efeito retroativo'. Parafraseando o Justice Cardozo pela assertiva de que 'a constituição federal nada diz sobre o assunto', a Corte de *Linkletter* tratou da questão da retroatividade como um assunto puramente de política (política judiciária), a ser decidido novamente em cada caso.

Tanto é assim, que, antes mesmo de qualquer previsão legal expressa, a jurisprudência pátria já vinha admitindo a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, porque, em muitos casos, entender-se pela inconstitucionalidade *ab ovo*, extirpando do sistema todos os efeitos validamente produzidos pela lei sobre a qual, até então, pendia a presunção de constitucionalidade, poderia trazer efeitos mais gravosos do que a manutenção desses efeitos. Dessa forma, toda e qualquer decisão judicial que ateste a inconstitucionalidade de uma lei – decisão esta que tem o condão de irradiar efeitos por todo o sistema jurídico e social, atingindo o cotidiano dos cidadãos – deve avaliar quais medidas de transição deverão ser tomadas com relação aos efeitos

anteriormente produzidos pela lei, que somente passou a ostentar o rótulo de “inconstitucional” a partir do instante em que o órgão competente o fez<sup>72</sup>.

Fato é que, querendo ou não, a lei, ainda que posteriormente tida por inconstitucional, produziu efeitos. O ato legislativo goza de presunção de legitimidade e, portanto, nasce eficaz, apto a produzir efeitos.

Nesse sentido, cumpre salientar que a passagem do tempo é irrefreável e, por mais que o Direito, essa construção da linguagem humana, queira ignorar, a lei, enquanto ato eficaz que é, irremediavelmente, produziu consequências práticas na realidade social. Ao proclamar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, não há como se afirmar que, por ser ato nulo, este jamais produziu efeitos na ordem jurídica pátria. Isso porque, até o reconhecimento da inconstitucionalidade pela autoridade competente, mediante o procedimento adequado para tanto, os cidadãos orientaram suas condutas conforme o que prescrevia o ato emanado do Legislativo.

Não podem os cidadãos, por conta própria, escusar-se a cumprir a lei, pois o nosso sistema veda a autotutela. Ademais, como nos ensina Hans Kelsen (2006, p. 300), não existem nulidades autoevidentes, exigindo-se sempre um ato reconhecendo esse vício.

Como se não bastasse, ainda que se entenda pela eficácia *ex tunc*, o próprio sistema, por meio dos institutos da prescrição e decadência, limita a retroatividade

---

<sup>72</sup> Elival da Silva Ramos (1994, p. 131), já em 1994 defendia que, por ocasião da revisão constitucional, fosse examinada percuriosamente a possibilidade de retroação da decisão de inconstitucionalidade.

Também em momento anterior à edição da Lei nº 9.868, Paulo Bonavides (2012, p. 308) já identificara a tendência da jurisdição constitucional em mitigar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade no controle concentrado, com nítida inspiração no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

Zeno Veloso (2003, p. 193-197), igualmente, há bastante tempo já sustentava que se deveria conferir ao Supremo Tribunal Federal o poder de definir o alcance da decisão de inconstitucionalidade no tempo, admitindo-se, inclusive, a reentrada em vigor da norma que a lei inconstitucional havia revogado.

Ademais, em discurso proferido no dia 27/05/1999, na solenidade de sua posse como Presidente do STF, o Ministro Carlos Velloso defendeu a alteração da constituição para prever expressamente a possibilidade de a Corte Constitucional desenhar os contornos dos efeitos temporais de suas decisões no controle de constitucionalidade, *in verbis*: “Relativamente aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade deve a Constituição prever a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal emprestar efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* a essa declaração, tal como ocorre com o Tribunal Constitucional de Portugal (Constituição de Portugal, art. 282, 4)”.

da decisão de inconstitucionalidade, de modo que não há de se falar na restituição do *status quo ante*, como se a norma nunca tivesse existido<sup>73</sup>.

Desse modo, a princípio, nota-se que a decisão de inconstitucionalidade tem caráter constitutivo e, portanto, por sua natureza jurídica, produziria efeitos a partir da manifestação do Poder Judiciário. Não obstante, ao decidir a respeito da (in)constitucionalidade de lei ou ato normativo, justamente em respeito à soberania do texto constitucional, e devidamente autorizado pela *causa petendi* aberta das ações em controle concentrado, o Poder Judiciário está obrigado a analisar a compatibilidade dos efeitos temporais da decisão com todo o texto constitucional, visando à otimização dos valores tutelados

Assim, ainda que identifique eventual discrepância entre o ato normativo objeto de controle e determinada norma constitucional, faz-se mister que os aplicadores do Direito tenham também uma análise mais ampla, levando-se em conta todo o texto constitucional, para buscar a medida prática que melhor o concretize.

Ao versar sobre a experiência portuguesa a respeito da flexibilização dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade no tempo, Rui Medeiros (1999, p. 744) salienta que o princípio da constitucionalidade não se contenta apenas com uma imediata maximização parcial da efetividade da norma violada sem consideração das restantes disposições e princípios constitucionais. E prossegue:

O princípio da unidade da Constituição obriga, mesmo em sede de determinação dos efeitos da inconstitucionalidade, a tomar em consideração os diferentes interesses constitucionalmente protegidos. [...] em certos casos, a declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos assegura melhor a normatividade da Constituição do que a pura e simples declaração de inconstitucionalidade<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> “O fato de os efeitos, por ela produzidos, poderem ser todos desfeitos, não implica eficácia *ex tunc* total, com retirada da validade e da vigência. Certamente, continuarão válidas no sistema normativo normas individuais e concretas editadas com lastro na norma ‘declarada’ inconstitucional. [...] O argumento acima esposado é reforçado nos casos de o período de tempo fixado pelo direito para desfazimento dos efeitos da aplicação retroceder de tal modo que *não* alcance a data em que ela passou a ter vigência. Aqui fica mais clara a asserção de que a ação direta de inconstitucionalidade não terá o condão de retirar a vigência (e, portanto, a validade) da lei A com caráter *ex tunc*.” (MOUSSALLEM, 2005, p. 241)

<sup>74</sup> O autor trata dos efeitos *ex tunc* como regra geral, porque a Constituição Portuguesa possui regra expressa nesse sentido, como se verá mais adiante neste trabalho.

Mesmo no âmbito do regramento constitucional português, em que há regra expressa quanto aos efeitos retroativos da decisão, admitindo-se, também expressamente, a flexibilização destes efeitos, Rui Medeiros entende que a restrição dos efeitos deve ser julgada em sequência ao mérito da inconstitucionalidade, sendo indispensável o pronunciamento dos efeitos pelo Tribunal. Desse modo, o silêncio do Tribunal Constitucional, pura e simplesmente, não contém um juízo implícito a respeito dos efeitos temporais da decisão. Ausente a manifestação da Corte, nada impede que, em momento ulterior à decisão de inconstitucionalidade, seja reconhecida a existência de fundamento para a delimitação dos efeitos (MEDEIROS, 1999, p. 738-739).

O Estado, considerando-se, neste momento, o Poder Judiciário, deve conferir segurança jurídica aos jurisdicionados, de modo que a manifestação expressa sobre os efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade torna-se crucial para pautar o planejamento e desenvolvimento social de uma nação, além de conferir o sentimento de confiança dos indivíduos no Estado do qual fazem parte. A necessidade de se definir a eficácia temporal dos efeitos, sempre que houver uma decisão pela inconstitucionalidade de determinada lei ou dispositivo é uma exigência que decorre da própria Constituição Federal, da realização de seus princípios.

A decisão de inconstitucionalidade tem alto impacto no sistema posto, é um forte remédio, porquanto se configura como uma sanção, uma sanção maior, derivada da própria Constituição, para o vício de incompatibilidade com a norma suprema de um ordenamento jurídico, fundamento de validade de todas as outras, que é a Constituição.

Assim, reconhecido o vício e aplicada a sanção de invalidade prevista pelo sistema, a experiência nos revela que não há como se aceitar uma regra rígida quanto aos efeitos temporais dessa invalidade, visto que, a depender do caso, uma ou outra solução melhor concretizará os valores tutelados pela Carta Maior. Diante disso, o Supremo Tribunal Federal tem o dever-poder, “em todos os casos que lhe são submetidos, de decidir sobre os efeitos temporais da decisão, com ou sem provocação da parte” (MARTINS, 2006, p. 226). Considerando-se, inclusive, a relevância dos valores que normalmente estão relacionados à produção de efeitos



da decisão no tempo, esse poder converte-se também em um dever, a fim de evitar sacrifícios desnecessários aos direitos fundamentais. Nesse sentido, a criação de regras de transição integraria um poder-dever jurisdicional implícito (DIDIER, 2014, p. 99; PEIXOTO, 2016, p. 282), tendo em vista que, ao promover a guarda da Constituição, a Corte Constitucional não pode descurar da proteção de seus princípios supremos, sob o pretexto de garantir a aplicação de um dispositivo constitucional específico. Pode-se dizer ainda que a criação de regras de transição é inerente ao respeito da boa-fé dos jurisdicionados, um dos pilares do Estado Democrático de Direito e, por isso, deve ser vista não apenas como um poder, mas, também, como um *dever* atribuído aos órgãos e autoridades estatais (CABRAL, 2013, p. 536).

A mesma decisão que reputar inconstitucional determinado dispositivo ou diploma legal deve, portanto, definir os efeitos dessa decisão no tempo, porque isso – repita-se - *é uma decorrência direta do conjunto de normas e princípios insculpidos na Constituição Federal, que consagra os valores máximos do sistema jurídico pátrio.*

Não por outro motivo, ao julgar os embargos de declaração opostos na ADI nº 3.601/DF, o Supremo Tribunal Federal consignou que, presentes os requisitos, uma vez proclamada a inconstitucionalidade de determinado ato normativo, a Suprema Corte tem o dever constitucional de, *independente de pedido das partes*, aplicar o artigo 27 da Lei nº 9.868/1999. Na ocasião, o relator do processo, Ministro Dias Toffoli destacou que a aplicação escorreita deste dispositivo legal, “ao invés de romper com a supremacia da Carta Republicana, a promove como ‘uma unidade de sentido normativo e político-axiológico’”. Desse modo, aplicar a Constituição não se resume à aplicação dos dispositivos constitucionais que justificara a decisão de inconstitucionalidade, pelo contrário: também deve abranger a preservação da segurança jurídica e do excepcional interesse social, que consubstanciam também outros valores constitucionalmente relevantes e que, não raras vezes, justificarão a preservação dos efeitos produzidos pelo ato reputado inconstitucional.

Assim, tendo em vista que ao Supremo Tribunal Federal cumpre a guarda da Constituição, referido órgão deve promover a máxima efetividade das disposições constitucionais, o que não pode ser alcançado com uma análise isolada do

parâmetro de controle da lei impugnada, mas, ao revés, com a análise da lei fundamental considerada em sua globalidade. É por isso que, independentemente do pedido de quaisquer das partes, a Corte Maior tem o *dever constitucional* de definir os efeitos temporais de suas decisões.

Além disso, Rui Medeiros alerta que a ideia de unidade da Constituição pugna por uma maximização das disposições constitucionais como um todo, bem como pela otimização dos diferentes interesses protegidos, preservando, tanto quanto possível, sua harmonia:

[...] Os efeitos jurídicos da decisão de inconstitucionalidade devem, na verdade, ser determinados com base no significado do princípio da primazia da Constituição.

[...] O princípio da constitucionalidade, se bem que exija o afastamento efectivo e o mais rapidamente possível da inconstitucionalidade, não se contenta apenas com uma imediata maximização parcial (da norma constitucional violada) sem consideração das restantes disposições e princípios constitucionais. O princípio da unidade da Constituição postula uma concordância prática entre os diferentes interesses protegidos. [...]

A premissa fundamental que está na base da renúncia à declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroativa e repristinatória há-de estar, por isso, na verificação de que, no caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos assegura melhor a normatividade da Constituição do que a simples declaração de inconstitucionalidade. Isto significa que a reacção à norma inconstitucional ou, o mesmo é dizer, as consequências da inconstitucionalidade da lei devem ser determinadas no quadro da constituição no seu todo e na sua unidade. (MEDEIROS, 1999, p. 711-712)

Nessa senda, a segurança jurídica e o excepcional interesse social são parâmetros constitucionais cuja ameaça justifica – e, inclusive, impõe – que o Tribunal Constitucional se manifeste a respeito dos efeitos temporais de suas decisões, com vistas a salvaguardar a máxima efetividade da Constituição. Essa ideia é, ainda, consentânea com a natureza objetiva do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, tendo em vista que não se afigura legítimo que a ausência de requerimento das autoridades e órgãos constitucionalmente legitimados para manejar os instrumentos de controle abstrato gere prejuízos para os cidadãos, ou seja, não se pode deixar eventual descuido dos sujeitos responsáveis pela condução do processo implique em violação das garantias mais fundamentais dos jurisdicionados<sup>75</sup>.

---

<sup>75</sup> No julgamento dos Embargos de Declaração opostos na ADI nº 3.602/DF, de sua relatoria, o Ministro Dias Toffoli manifestou-se igualmente neste sentido (ver: p. 10 do inteiro teor do julgamento).

Ademais, considerando a importância de se delimitar – explicitar, esclarecer e, não, no sentido de restringir – para os jurisdicionados quais os efeitos serão mantidos, quais serão expurgados e a partir de que momento, sequer se justificaria o quórum qualificado previsto no art. 27 da Lei nº 9.868/1999, que exige os votos de 2/3 dos ministros do Supremo Tribunal Federal para a restrição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Nesse espeque, cumpre transcrever interessante reflexão de Luís Carlos Martins Alves Junior<sup>76</sup>:

Mas eis uma situação peculiar do sistema jurídico brasileiro.

Nos termos do art. 97 da Constituição Federal, somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Assim, no caso do STF, somente 6 votos podem declarar uma norma inconstitucional. Mas para modular os efeitos da decisão são necessários 8 votos.

Ora, o que é mais importante? Declarar a inconstitucionalidade ou modular os efeitos das decisões? À luz da dinâmica jurisprudencial do STF, modular os efeitos é mais importante do que declarar a inconstitucionalidade de uma norma. (2014, p. 32).

Uma vez imposta a inconstitucionalidade de uma norma, por corolário lógico, de igual ou, em alguns casos, ou maior importância, seria a modelação de seus efeitos, de forma a garantir aos jurisdicionados uma resposta completa, um padrão normativo em que possam se guiar e seguir em frente, sem que sejam surpreendidos no futuro com medidas fora dos padrões, que tenham a finalidade de “corrigir” por linhas tortas uma lacuna deixada pelo Poder Judiciário ao deixar de decidir.

Importante consignar que, em se tratando de hipótese de controle incidental de constitucionalidade, como é o caso das decisões proferidas em Recurso Extraordinário, ainda que a tese fixada no julgamento do mérito da questão de inconstitucionalidade possa tender à abstrativização, deve-se lembrar que o objeto da tutela jurisdicional é o direito alegado pela parte, pretensão da qual a questão de

---

<sup>76</sup> Também colocando em dúvida a constitucionalidade da previsão de quórum qualificado para que se defina o desenho dos efeitos da decisão no tempo, manifestou-se também o Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento da ADI nº 2.949 QO/MG, consignando: “[...] eu tenho uma opinião peculiar em relação ao art. 27. Eu tenho dúvida acerca da constitucionalidade ou não da exigência do quórum de dois terços, porque, em última análise, o que o art. 27 institui é uma fórmula legal de ponderação, que é uma questão pouco estudada”.

constitucionalidade constitui mera questão prejudicial. Nesses casos, a modelação temporal dos efeitos demanda, sim, requerimento da parte, sob pena de julgamento *extra* ou *ultra petita* por parte do Tribunal. Quando não formulado o requerimento, os julgadores devem se manter silentes. No entanto, justamente em função da autonomia da questão da modelação em relação ao mérito do processo, isso não impede eventual pronunciamento posterior – em processos futuros ou já em curso - acerca da produção de efeitos da decisão no tempo.

### 2.3.2 REFLEXOS PROCESSUAIS

Por todo o exposto, pode-se dizer que a fixação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade faz parte do próprio dever de tutela jurisdicional atribuído ao Tribunal Constitucional no controle de constitucionalidade. Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade no tempo, bem como suas consequências no mundo fático e jurídico, estão intimamente ligados com a própria preservação de valores constitucionalmente relevantes.

Instado a se manifestar a respeito da constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, o Supremo Tribunal Federal, caso decida pela inconstitucionalidade, deve explicitar o alcance temporal da decisão, tendo em vista que a questão dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade diz respeito à própria efetivação dos preceitos constitucionais.

Além disso, a fiscalização abstrata é um procedimento singular em nosso ordenamento. O processo, no controle abstrato de constitucionalidade, tem natureza objetiva<sup>77</sup>, de modo que não há uma lide, uma pretensão resistida – e, portanto, não se busca a satisfação de um direito subjetivo, mas, sim, a tutela do texto constitucional, de normas de ordem pública. A abertura da causa de pedir, outrossim, justifica-se exatamente porque o que se visa tutelar é a ordem jurídica constitucional.

---

<sup>77</sup> "Natureza objetiva dos processos de controle abstrato de normas. Não identificação de réus ou de partes contrárias. Os eventuais requerentes atuam no interesse da preservação da segurança jurídica e não na defesa de um interesse próprio." (ADI 2.982-ED, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 2-8-2006, Plenário, DJ de 22-9-2006.)

Por esta mesma razão, restando silente o Tribunal Maior a respeito dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, não há de se falar em preclusão, sendo possível – e, inclusive, mandatório – a posterior fixação dos efeitos do *decisum*, seja ela a limitação ou a extensão, sobretudo quando demonstrado que solução diversa implicaria em sacrifício desmedido de outros interesses protegidos constitucionalmente.

Há, deste modo, uma obrigatoriedade do Tribunal Constitucional decidir sobre os efeitos da decisão. Em caso de omissão, admite-se a reabertura da questão neste particular<sup>78</sup>, o que pode ser feito pelo próprio Supremo Tribunal Federal em controle concreto ou abstrato, ou, até mesmo, pelos demais aplicadores do Direito ao decidir o caso concreto levado à sua apreciação, ao menos enquanto não fixado um marco temporal *erga omnes* de vigência do *decisum*<sup>79</sup>. Isso ocorre porque o julgamento da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo é uma fase independente daquela

<sup>78</sup> INFORMATIVO Nº 780 - TÍTULO: Art. 27 da Lei 9.868/1999 e suspensão de julgamento – PROCESSO: ADI Nº 2949: Em ação direta de inconstitucionalidade, com a proclamação do resultado final, se tem por concluído e encerrado o julgamento e, por isso, inviável a sua reabertura para fins de modulação. Com base nesse entendimento, o Plenário, por maioria, resolveu questão de ordem no sentido de afirmar que o exame da presente ação direta fora concluído e que não seria admissível reabrir discussão após o resultado ter sido proclamado. Na espécie, na data do julgamento estavam presentes dez Ministros da Corte, porém, não se teria obtido a maioria de dois terços (oito votos) para se modular os efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/1999 (“Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”) e o julgamento fora encerrado. Na sessão subsequente, tendo em conta o comparecimento do Ministro ausente da sessão anterior, cogitou-se prosseguir no julgamento quanto à modulação — v. Informativos 481 e 776. A Corte destacou que a análise da ação direta de inconstitucionalidade seria realizada de maneira bifásica: a) primeiro se discutiria a questão da constitucionalidade da norma, do ponto de vista material; e, b) declarada a inconstitucionalidade, seria discutida a aplicabilidade da modulação dos efeitos temporários, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/1999. Assim, se a proposta de modulação tivesse ocorrido na data do julgamento de mérito, seria possível admiti-la. Ressaltou que não teria havido erro material e, uma vez que a apreciação do feito fora concluída e proclamado o resultado, não se poderia reabrir o que decidido. Por conseguinte, estaria preclusa, à luz do postulado do devido processo legal, a possibilidade de nova deliberação. Vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Menezes Direito e Teori Zavascki, que admitiam a retomada do julgamento quanto à modulação dos efeitos. Para o Ministro Teori Zavascki, teria havido “*error in procedendo*”. Apontava que, em caso de modulação, se não fosse alcançado o quórum e houvesse magistrado para votar, o julgamento deveria ser adiado. ADI 2949 QO/MG, rel. orig. Min. Joaquim Barbosa, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 8.4.2015. (ADI-2949)

<sup>79</sup> Não é outro o entendimento esposado por Rui Medeiros: “A solução proposta pressupõe, obviamente, que os tribunais e os órgãos aplicadores do direito em geral são competentes para, em face das circunstâncias concretas dos casos submetidos à sua apreciação, procederem à limitação do alcance da declaração de inconstitucionalidade. A solução é coerente com a tese de que o n.º 4 do artigo 282.º da Constituição se aplica também à fiscalização concreta difusa. Mas, naturalmente, cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais que, apesar da declaração de inconstitucionalidade pura e simples, concluem no sentido da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.” (MEDEIROS, 1999, p. 739)

relativa aos efeitos temporais da decisão no tempo – diz-se, por isso, que o julgamento é bifásico. Nos autos da ADI nº 2.949/MG, no julgamento da questão de ordem suscitada, o Ministro Luís Roberto Barroso destaca:

[...] concordo com a tesa de que o julgamento seja bifásico também. Eu acho que são juízos diversos. O primeiro juízo é um juízo acerca da constitucionalidade ou não de determinada norma. E o segundo juízo é um juízo quase que político acerca da conveniência ou não de se modularem os efeitos.

Na mesma ocasião, também o Ministro Gilmar Mendes destacou que a Corte primeiro emite um juízo sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade e, depois, emite um juízo a respeito da questão de “modulação”. Por sua vez, o Ministro Celso de Mello salientou, precisamente, que, na verdade, o artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 “*somente incide após o julgamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo*”, de modo que a modelação dos efeitos da decisão no tempo ocorre apenas em um segundo momento. Assim, a fixação dos efeitos temporais ocorre em uma fase autônoma e sequencial, condicionada, primeiramente à decretação de inconstitucionalidade na fase que lhe antecede.

O instrumento processual adequado para provocar a manifestação do Tribunal acerca do desenho dos efeitos temporais da decisão são os embargos de declaração, tendo em vista que, ao se abster de decidir a questão, a Suprema Corte incorre em omissão. Entretanto, não tendo sido opostos aclaratórios nos autos do processo em que decidida a inconstitucionalidade, torna-se curial admitir a modelação dos efeitos do pronunciamento por qualquer via apta a tutelar a pretensão formulada pelas partes atingidas pela *decisum* proferido no controle abstrato<sup>80</sup>.

A adequação do instrumento processual manejado para a modelação temporal dos efeitos, inclusive, decorre do dever do Tribunal em se manifestar acerca dos efeitos da decisão no tempo, independentemente de pedido expresso. Ainda no julgamento da ADI nº 2949 QO/MG, o Ministro Gilmar Mendes explicou que a discussão é

---

<sup>80</sup> Hermes Zaneti Jr. 2015, p. 1330), igualmente, afirma que, nos casos de omissão da “modulação” dos efeitos pelo tribunal, caberá ao juiz do caso futuro a análise, procedendo a um sopesamento, de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

normalmente suscitada em sede de embargos de declaração, porque no momento do julgamento a questão não foi suscitada e nem se atentou para todas as consequências que dele poderiam advir.

### **3 DA PREVISÃO LEGAL DE MODELAÇÃO DA EFICÁCIA TEMPORAL DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – ARTIGO 27 DA LEI Nº 9.868/1999**

Antes de adentrarmos ao assunto dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, cumpre aqui firmar um acordo semântico com o interlocutor do presente trabalho. Conforme cediço, a posição do Supremo Tribunal Federal, bem como a da doutrina dominante, aponta no sentido de que a decisão de inconstitucionalidade tem caráter declaratório, de modo que o pronunciamento judicial produziria efeitos desde a edição do ato posteriormente reputado em desconformidade com a Constituição. A previsão contida no artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, autorizando o que o Tribunal decida o marco temporal da produção de efeitos da decisão, tradicionalmente tem sido chamada de “modulação de efeitos”, muito embora a própria lei não estabeleça um nome para esta prática.

Há de se observar, inclusive, que apenas em 2015, em decorrência da utilização do termo pela doutrina e jurisprudência pátrias, referido termo foi positivado, mais precisamente nos artigos 525, § 13<sup>81</sup>, 535, § 6<sup>82</sup> e 927, § 3<sup>83</sup> do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015).

Não obstante o termo “modulação” já estar consolidado e, na verdade, justamente em razão disso, há a necessidade aqui de estabelecer uma distinção terminológica, a fim de conferir também maior precisão e clareza ao estudo que se propõe.

Tendo em vista a carga semântica arraigada na expressão “modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade” – que, inegavelmente, atrai em nosso subconsciente a ideia da doutrina tradicional e da jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal, quanto à produção de efeitos em regra retroativos da decisão em sede de controle abstrato – utilizaremos, ao revés, “modelação”

---

<sup>81</sup> Art. 525. (...)

§ 13. No caso do § 12, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica.

<sup>82</sup> Art. 535. (...)

§ 6º No caso do § 5º, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica.

<sup>83</sup> Art. 927. (...)

§ 6º No caso do § 5º, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica.



temporal, para remeter à ideia do desenho dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade no tempo, deixando saliente que partimos de premissa diversa daquela majoritariamente aceita.

Assim, a “modelação dos efeitos” temporais da decisão de inconstitucionalidade deve remeter às proposições já firmadas no decorrer do presente trabalho, quais sejam: a de que, pela natureza constitutiva do provimento, que inova na ordem jurídica, os efeitos, em regra, seriam *ex nunc*. No entanto, essa decorrência do sistema não tem o condão de se sobrepor à proteção dos direitos fundamentais, que podem estar ameaçados ou podem ser preservados de acordo com o marco temporal definido na decisão de inconstitucionalidade.

Desse modo, se por um lado isso significa que o Tribunal é livre para decidir quanto aos efeitos do *decisum* no tempo, por outro, deve pronunciar-se expressamente acerca deste ponto, sob pena de omissão, visto que tais implicações não decorrem de uma regra expressa do sistema, mas, sim, da máxima proteção dos princípios constitucionalmente tutelados.

### **3.1 O artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade**

Tanto para a doutrina tradicional, que defende ser a nulidade da lei inconstitucional um dogma em nosso sistema, como também para aqueles que sugerem que a teoria kelseniana seria mais adequada ao modelo de controle abstrato e concentrado, há um ponto de interseção que congrega grande parte dos adeptos de ambas as teorias: independente de qual seja a regra geral do sistema, fato é que as teorias extremas não se revelam aptas a resolver todas as (cada vez mais) complexas controvérsias que são submetidas a controle. Buscou-se, assim, o desenvolvimento de formas intermediárias. Hans Kelsen, desde muito, já admitira a flexibilidade da regra geral, e a doutrina e jurisprudência americana, também já se manifestaram pela possibilidade de se conferir aos magistrados a competência para fixar o marco temporal dos efeitos de suas decisões de inconstitucionalidade.

Isso porque, em especial no caso da teoria da nulidade absoluta, as decisões de inconstitucionalidade, muitas vezes, já deixavam antever alguns nefastos efeitos de se considerar “nulo e írrito” um dispositivo ou norma que, durante determinado período, foi abrigado como norma pelo sistema jurídico, vinculando as condutas dos cidadãos e produzindo efeitos no mundo empírico. Isso acabava por inibir o pronunciamento de inconstitucionalidade, sendo, por certo, muito mais lesivo à ordem constitucional. Por outro lado, desde a concepção da teoria de Kelsen, o autor já previa que a gravidade do vício de inconstitucionalidade, em certos casos, poderia demandar a retroação do provimento<sup>84</sup>.

Nesse sentido, Eduardo Garcia de Enterría (1992, p. 14-15) chamou atenção para o problema, que, em sua visão, poderia ser atenuado pela doutrina dos efeitos prospectivos, solução esta, que, inclusive, ampliaria o campo de ação da jurisdição constitucional:

La alternativa a la prospectividad de las Sentencias no es, pues, la retroactividad de las mismas, sino la abstención en el descubrimiento de nuevos criterios de efectividad de la Constitución, el estacamiento en su interpretación, la renuncia, pues, a que los Tribunales Constitucionales cumplan una de sus funciones capitales, la de haber una *living Constitution*, la de adaptar paulatinamente esta a las nuevas condiciones sociales.

[...]

Aquí se ve cómo la doctrina prospectiva trata de eliminar el freno, la *self restraint*, que sin ella hubiese actuado necesariamente. Es, pues, una doctrina liberadora de esse freno, freno que hubiera impedido la depuración constitucional del ordenamiento en un punto esencial. Es, en consecuencia, una doctrina que amplía notablemente el campo de acción de la jurisdicción constitucional sobre las Leyes, que permite un ajuste sucesivo y cada vez más afinado de las normas que componen el ordenamiento por los valores constitucionales

---

<sup>84</sup> Hugo de Brito Machado (2000, p. 84) critica a aplicação pura e simples da teoria das nulidades para reger os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, exemplificando: “Imaginemos a decisão que declara inconstitucional uma lei que isenta de tributo a importação de determinada mercadoria. Se tal decisão produzir efeitos a partir da edição da lei, então todas as importações já ocorridas ensejam a exigência do tributo, e o que é pior, ensejam a consideração daquelas importações como crime de descaminho”.

Por outro lado, admitir-se apenas a produção de efeitos *pro futuro* também pode trazer nefastas consequências, como mostra Fábio Martins de Andrade (2010, p. 47), em análise do RE 363.852, que reconheceu a inconstitucionalidade do Funrural sobre a receita de comercialização de produtos rurais, discutindo eventual modulação de efeitos: “O Ministro Carlos de Britto interferiu no debate posto para concordar que a eventual generalização da modulação dos efeitos em matéria tributária implicaria pura e simplesmente a abolição do instituto processual da repetição do indébito. Com efeito, o exagero na adoção da modulação temporal dos efeitos das decisões tomadas em matéria tributária levaria necessariamente ao ocaso de certos institutos jurídicos, como é a repetição do indébito, a prescrição e outros”.

Observada a insuficiência de ambos os extremos, o Supremo Tribunal Federal passou a atenuar o chamado “dogma da nulidade da lei inconstitucional” e, com base na segurança jurídica, por vezes, impediu que suas decisões de inconstitucionalidade afetassem situações jurídicas concretas (MENDES, 2005, p. 333).

Como tentativa de positivizar o clamor de proteção dos jurisdicionados no que tange à regulamentação dos efeitos temporais das decisões que decretam a inconstitucionalidade de um preceito legal, em 1999, o legislador brasileiro introduziu no ordenamento pátrio o artigo 27 da Lei nº 9.868, que dispõe, *in verbis*:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Referida previsão legal tem nítida inspiração no artigo 282 da Constituição Portuguesa<sup>85</sup>, que trata dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade. O nº 4 deste artigo dispõe que,

Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos nºs 1 e 2. (PORTUGAL. 1976)

Vê-se, pois, que o artigo 27 da Lei nº 9.868/1998, reproduz quase que fielmente o texto português. Não obstante, sobreleva salientar que o nº 1 do artigo 282 da Constituição Portuguesa explicita a regra geral adotada pelo ordenamento português quanto à eficácia temporal da decisão de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, que “*produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado*”.

---

<sup>85</sup> Neste sentido: FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; JEVEAUX, Geovany Cardoso. Teorias do Estado e da Constituição. 1ª ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2015

Desse modo, salta aos olhos a impropriedade cometida pelo legislador brasileiro que, apesar de consignar que o Supremo Tribunal Federal poderá “*restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado*”, não explicitou qual seria a regra geral adotada pelo sistema pátrio.

A previsão legal trazida pela Lei nº 9.868/1999 causou grande polêmica na doutrina. Alguns autores<sup>86</sup> elogiaram a iniciativa do legislador, enquanto outros<sup>87</sup> sustentaram a inconstitucionalidade da lei.

A inconstitucionalidade foi defendida tanto por aspectos materiais – segundo os defensores desta ideia, referido dispositivo violaria os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, o princípio da supremacia da Constituição, o “princípio da nulidade da lei inconstitucional”, os artigos 97 e 102, III, *a, b, c e d* da Constituição Federal, a separação de poderes, e o princípio da segurança jurídica. Demais disso, haveria a necessidade de referido autorizativo ser veiculado por meio de Emenda à Constituição federal.

Por outro lado, outros tantos autores sustentam a constitucionalidade do dispositivo, inclusive elogiando a iniciativa do legislador. Gustavo Binenbojm (2014, p. 231) defende a legitimidade da previsão legal, não havendo qualquer ofensa ao princípio da supremacia da Constituição. O fundamento do pronunciamento será justamente a

---

<sup>86</sup> Gilmar Ferreira Mendes (*et al*, p. 324), defende a constitucionalidade da referida previsão legal, interpretando-a da seguinte maneira: “Entendeu, portanto, o legislador que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*”. Paulo Hamilton Siqueira Júnior (p. 99-100) elogiou a previsão legal, defendendo sua aplicação, desde que observados os requisitos exigidos para tanto.

<sup>87</sup> Nesse sentido, ver: Silvio Nazareno Costa (2002); Min. Moreira Alves, em voto proferido na Reclamação nº 1.880. Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 163-164) sustentara a inidoneidade do meio escolhido – tanto com relação à Lei nº 9.868/1999, quanto no que concerne à Lei nº 9.882/1999, que contém idêntica previsão em sede de ADPF -, tendo em vista que o veículo introdutor da norma é uma lei ordinária. Lenio Luiz Streck (2002, p. 545), por sua vez, defendeu a inconstitucionalidade do dispositivo por entender que, com relação a admissão de efeitos *pro futuro*, “estar-se-ia atribuindo um espaço de arbitrariedade ao Supremo Tribunal Federal que, a toda evidência, viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira afirma: “São inconstitucionais os artigos 27 da Lei 9.869/99 e 11 da Lei 9.882/99, por violarem o princípio da supremacia da Constituição, princípio da nulidade da lei inconstitucional, os artigos 97 e 102, III, *a, b, c e d* da Constituição Federal, a separação de poderes, e o princípio da segurança jurídica” (2016, p. 163)

proteção de outros bens constitucionalmente tutelados, ligados à segurança jurídica ou ao excepcional interesse social, que poderiam, do contrário, ser postos em risco. A decisão do Supremo Tribunal Federal é, tão somente, o reflexo de uma *ponderação* entre valores e princípios de mesma hierarquia e igual dignidade constitucional.

O dispositivo foi questionado em sede de controle abstrato, mais especificamente na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.154-DF, ocasião na qual a Corte Constitucional posicionou-se por sua compatibilidade com a Constituição Federal, de modo que a discussão foi gradualmente perdendo a sonoridade inicial, tendo-se sedimentado o entendimento manifestado pelo Pretório Excelso.

Nota-se que a referida previsão legal veio reforçar a ideia de máxima efetividade da Constituição Federal, uma vez que a raiz do dispositivo destina-se a proteger, em último grau, os direitos fundamentais. Desse modo, toda a atuação da Suprema Corte, enquanto guardião do texto constitucional, deve voltar-se à otimização dos valores tutelados, em especial dos direitos e garantias fundamentais.

Em continuidade, sobreleva destacar que, na linha do pensamento de Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira (2016, p. 171) - sem embargo de seu entendimento pela inconstitucionalidade do artigo 27 -, entendemos que o desenho temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade deve ter como objetivo primordial a preservação dos direitos fundamentais, visto que a Constituição existe justamente para a proteção dos titulares destes direitos.

Nesse sentido, Angela Cristina Pelicioli (2007, p. 42) destaca:

Pode-se perguntar: de onde provém a legitimidade do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo? Essa legitimidade advém da defesa dos direitos fundamentais, isso porque a Constituição, no Estado Democrático de Direito, possui não só forma, mas conteúdo. Não é processo sem produto, não é atividade sem forma de atividade; é uma forma aberta através da qual passa a vida, vida em forma e forma nascida da vida.

É justamente por isso que o legislador previu que razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social é que devem balizar o desenho temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

Neste aspecto, cumpre observar que a doutrina que defende a ideia de nulidade da lei inconstitucional interpreta o artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 como um autorizativo excepcional em nosso sistema (MENDES *et al.*, 2001, p. 324), e isso se dá porque o dispositivo fala em “segurança jurídica e *excepcional* interesse social”. Ocorre que a produção de efeitos da decisão de inconstitucionalidade no tempo, praticamente na totalidade de casos, envolverá valores supremos. Dessa forma, em regra, estará em jogo o excepcional interesse social e a segurança da ordem jurídica. Na prática, portanto, não se justifica falar em excepcionalidade da modelação temporal da decisão de inconstitucionalidade, pois, com o perdão da tautologia, os pressupostos para a modelação previstos em lei sempre estarão em jogo.

Após este breve panorama, torna-se mister perquirir quais são os bens jurídicos abarcados pelos conceitos jurídicos indeterminados de que se valeu referida previsão legal, o tratamento dado à matéria no contexto jurídico pátrio, bem como qual seria a solução que melhor otimize os valores constitucionalmente tutelados.

### **3.2 A experiência portuguesa e a experiência brasileira: importantes pontos de distinção**

Diversamente da Constituição Portuguesa, a Constituição da República Federativa do Brasil não delimitou os efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade. Isso porque a Constituição lusitana, no item nº 1 do artigo 282, prevê expressamente que as decisões de inconstitucionalidade produzirão efeitos, em regra, retroativos e, no item nº 4, por sua vez, prevê a possibilidade de se restringir referidos efeitos para a proteção da segurança jurídica e por razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo. No ordenamento pátrio, por sua vez, não há qualquer previsão legal ou constitucional a respeito dos efeitos temporais de decisão de inconstitucionalidade. Há apenas o autorizativo legal do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, no sentido de que a necessidade de preservação da segurança jurídica

e também razões de excepcional interesse social devem balizar o desenho temporal dos efeitos da decretação de inconstitucionalidade.

Assim, há de se perquirir, em um primeiro momento, a despeito da ausência de previsão expressa, se a interpretação sistemática da estrutura do controle de constitucionalidade permite-nos deduzir qual a natureza da decisão de inconstitucionalidade e seus efeitos temporais.

Apesar de a doutrina majoritária dizer que a decisão em controle abstrato/concentrado de constitucionalidade tem efeitos *ex tunc*, ou seja, desde a edição da lei declarada inconstitucional, aplicando um critério discricionário para admitir (ou não) a chamada “modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade”, prevista no art. 27 da Lei nº 9.868/99, afigura-se-nos mais coerente entender pela natureza constitutiva do pronunciamento, visto que inaugura uma nova situação fática e jurídica, de maneira que o mais adequado seria entender que, por sua natureza, a decisão produziria, *a priori*, efeitos prospectivos. Referido entendimento revela-se, ainda, coeso com a própria origem do controle concentrado de constitucionalidade e com a teoria kelseniana, responsável por seu desenvolvimento.

Já no que diz respeito àqueles efeitos produzidos, durante certo período temporal, em desacordo com a Constituição, devem ser sopesados todos os seus reflexos, a gravidade deles, para que se possa definir se deverão ser consolidados ou se deverão ser expurgados.

Primeiramente, há de se destacar que, no sistema português, os efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade advêm de previsão expressa do texto constitucional. Os efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade, em regra, não decorrem de um princípio constitucional, mas, na verdade uma questão de política judicial, conforme destacado no já citado caso *Linkletter v. Walker*. Em Portugal, o artigo 282, nº 1 da Constituição dispõe expressamente que a decisão de inconstitucionalidade produzirá efeitos retroativos, desde a entrada em vigor da lei posteriormente reputada inconstitucional.

Apesar de o sistema português conferir eficácia *ex tunc*, em regra, às decisões de inconstitucionalidade, o ordenamento jurídico do país lusitano, por outro lado, também elenca exceções à obrigatoriedade de cumprimento das leis. Nos casos de violação de direitos, liberdades e garantias, é garantido aos cidadãos o direito de resistir a ordens que os infringam<sup>88</sup>. Igualmente, quando os impostos hajam sido criados em desconformidade com a Constituição, tenham natureza retroativa ou quando sua liquidação e cobrança não seguem os termos da lei, o sistema prevê expressamente que os contribuintes não podem ser obrigados a pagá-los<sup>89</sup>.

Não é só isso. O artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 copiou apenas o item nº 4 do artigo 282 da Constituição Portuguesa, furtando-se a todas as outras previsões das quais o legislador constitucional português já havia se encarregado. Isso porque, além de prever a regra geral no item nº 1, o dispositivo lusitano revela preocupação com as situações de potencial tensão, motivo pelo qual, nos demais itens do artigo, elenca exceções à regra geral. Ao promover a importação aleijada do dispositivo português<sup>90</sup>, o legislador brasileiro acabou por subverter a própria lógica do enunciado. Diante do destacado até o momento, já se verifica que inexiste, no sistema brasileiro, um sistema coerente regulando os efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, diferentemente do sistema português, que, além de fixar regras, também estabeleceu diversas exceções, criando um verdadeiro sistema jurídico no que diz respeito à modelação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade.

Não obstante, tendo em vista seus efeitos jurídicos, que inovam patentemente no ordenamento, resta demonstrado que a decisão de inconstitucionalidade tem contornos de um provimento de natureza constitutiva, visto que inova no mundo

---

<sup>88</sup> Artigo 21.º (Direito de resistência) Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública.

<sup>89</sup> Artigo 103.º (Sistema fiscal)

3. Ninguém pode ser obrigado a pagar impostos que não hajam sido criados nos termos da Constituição, que tenham natureza retroactiva ou cuja liquidação e cobrança se não façam nos termos da lei.

<sup>90</sup> Saulo Ramos (1996, p. 30) alerta que: “Aos brasileiros, impõe-se grande cuidado na adoção de institutos estrangeiro, porque caímos na imitação inajustável a nossas características, ou, em nome do aperfeiçoamento de soluções alienígenas, acabamos tendo de engolir alguns estelionatos doutrinários praticados pelos adaptadores nacionais”. Essa observação vale também para a inadequada recepção da teoria alexyana pelo STF, o que será abordado mais à frente.



fático e jurídico a partir do pronunciamento. Em verdade, é certo que apenas a partir de proferida a decisão é que podem se observar seus efeitos; portanto, não há como se ignorar as consequências do pronunciamento, sobretudo quando dotados de eficácia *erga omnes* – seja em controle abstrato, por via da Ação Direta, seja em Recurso Extraordinário submetido à sistemática da repercussão geral ou, ainda, desde a edição do Código de Processo Civil de 2015, da decisão que fixe precedente a ser observado na matéria.

Tampouco é de se dizer que o artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 prevê uma exceção no sistema. Primeiramente, porque a Lei nº 9.868/99 não copiou a regra contida no artigo 282, nº 1 da Constituição Portuguesa em nenhum de seus dispositivos, mas apenas a exceção prevista no item 4. “Logo, se não temos a regra, mas a exceção portuguesa, segue-se que a exceção deles tornou-se a nossa regra” (JEVEAUX, 2015, p. 274). Além disso, referido artigo autoriza o tribunal a decidir a respeito dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social” e, em se tratando de uma anulação de um ato do legislador pelo Poder Judiciário, é de se dizer que a própria decretação de inconstitucionalidade é um ato excepcional no sistema, que sempre envolverá, no mínimo, questões de excepcional interesse social. Seus efeitos no tempo, por sua vez, inevitavelmente demandarão um cuidado com a segurança jurídica dos jurisdicionados.

Por todo o exposto, percebe-se que, a partir de uma análise da natureza jurídica do provimento de inconstitucionalidade, resta claro que, em nosso sistema, revela-se mais consentâneo admitir-lhe a aptidão para produzir efeitos *ex nunc*, ou seja, a partir da publicação da decisão. Nada obsta, entretanto, em razão da previsão legal do artigo 27 da lei nº 9.868/1999, que o marco temporal de efeitos da decisão seja definido no passado ou, até mesmo, em um momento no futuro, desde que suficientemente demonstradas as razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social que justificam os contornos temporais da decisão. Por isso, torna-se importante analisar os conceitos jurídicos indeterminados insculpidos no dispositivo legal.

### **3.3 Segurança jurídica e seu viés subjetivo: proteção da confiança legítima**

A segurança jurídica, desde muito, ocupa lugar de destaque na ordem jurídica. Nessa senda, interessante observar que antes mesmo da edição da Lei nº 9.868/1999, o Supremo Tribunal Federal já admitia o afastamento do que entende ser o “dogma da nulidade da lei inconstitucional” a fim de tutelar a segurança jurídica. Com a previsão contida no artigo 27, então, buscou-se positivar referida proteção.

O Direito tem entre seus principais objetivos estabilizar as relações sociais. Roque Antônio Carrazza (2006, p. 413), citando Becker, afirma que “uma das funções mais relevantes do Direito é ‘conferir certeza à incerteza das relações sociais’ (Becker), subtraindo do campo de atuação do Estado e dos particulares qualquer resquício de arbítrio”.

A estabilidade das relações sociais como um todo se liga diretamente à previsibilidade da relação fato X consequência. Isso quer dizer que haverá maior equilíbrio quando da subsunção de um determinado fato social a uma determinada norma, observar-se sempre certa uniformidade das consequências produzidas<sup>91</sup>. Ou seja, seria a possibilidade de se prever os fatos desencadeados a partir de prática de outros fatos.

Nesse aspecto, exsurge a relevante discussão a respeito da segurança jurídica, visto que ao Direito incumbe a importante função de preservar as relações e expectativas jurídicas de maneira congruente. O princípio da segurança jurídica erige-se, pois, como um daqueles fundamentais de nossa ordem constitucional. O sistema deve respeitar o sistema. Cumpre à ordem jurídica fornecer aos cidadãos parâmetro seguro no qual pautar suas condutas, com a respectiva previsão de suas eventuais consequências. Mas não é só isso: como se não bastasse, há de se considerar, ainda, que constitucionalidade de uma norma encontra intrínseca correlação com a realidade social em que se insere - realidade esta que se transforma com o tempo.

---

<sup>91</sup> “(...) o Direito é a ‘imputação de efeitos a determinados fatos’(Kelsen)”. In: CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 414.

Até meados do século XX, enxergava-se o valor da segurança jurídica apenas em seu viés objetivo, ligado à certeza do ordenamento jurídico pela garantia da estabilidade das relações jurídicas, representado pelo princípio da legalidade (RIBEIRO, 2007, p. 99). No entanto, com a crise do positivismo formalista nos Estados Social e Democrático de Direito passou-se à compreensão de que a norma não se resume a seu texto, ao suporte físico. Pelo contrário, apenas estará a norma completa com sua efetiva aplicação naquelas situações que pretendeu regular.

Nota-se, pois, que a segurança jurídica é princípio de grande alcance jurídico e social, não devendo ser restritivamente interpretado. Manifesta-se nos mais diversos institutos jurídicos e transmuda-se em outros princípios e regras de nosso ordenamento, tais como a proteção da confiança, intangibilidade da coisa julgada, legalidade, nas regras de prescrição e decadência, dentre outros. Especificamente em matéria tributária, sobretudo, podemos citar como decorrência da segurança jurídica, a irretroatividade da legislação tributária, a legalidade, a anterioridade, a tipicidade fechada (ou determinação), bem como o exclusivismo, proibindo o emprego de normas indeterminadas.

Paulo de Barros Carvalho (2003, p. 174) salienta que a segurança jurídica é um princípio onipresente; onde houver direito, ele também estará:

(...) trata-se do cânone da certeza jurídica, entendido o termo não como garantia de previsibilidade da regulação da conduta (que é uma de suas acepções), mas como algo que se situa nos fundamentos do dever-ser, ínsita que é ao domínio do deôntico.

A proteção da confiança surge exatamente neste cenário, visando a atender ao aspecto subjetivo da segurança jurídica. A ideia de proteção da confiança, então, pauta as decisões de conflitos internos envolvendo a segurança jurídica nas situações em que se faz necessário atingir um equilíbrio entre flexibilidade e estabilidade, preservando a vontade do sistema.

Ricardo Lobo Torres (2005, p. 02-05) define segurança jurídica como certeza e garantia dos direitos, paz. O valor *segurança jurídica* é uma cláusula aberta,

variável, bipolar e indefinível, mas significa, sobretudo, segurança dos direitos fundamentais. E prossegue:

Abrange a elaboração, a aplicação (no Direito Tributário, o lançamento), a interpretação e a própria positivação do ordenamento, penetrando também na linguagem jurídica em busca da clareza e da certeza e no próprio funcionamento dos órgãos do Estado.

[...]

A segurança jurídica é valor porque guarda todas as características deles (generalidade, abstração, polaridade, interação com outros valores). É garantida no art. 5º da CF por intermédio de princípios jurídicos e não como performativo.

[...]

Mas, por outro lado, é um autêntico *direito fundamental*, no sentido que as leis tributárias do Estado e a própria Fazenda Pública constituem *res publica*, ou direitos republicanos, ou direitos de 3ª geração como preferem outros, garantidos pelo ordenamento jurídico e acionáveis pelo Ministério Público ou por qualquer um do povo.

A garantia de proteção à confiança legítima do contribuinte tem em si ínsita a subjetividade de sua realização, podendo efetivar-se de diversas maneiras, que variam no caso concreto, “conforme os atos jurídicos em que se funda, a dignidade da confiança a ser protegida, a boa-fé do administrado, os fundamentos e o peso a favor da modificação, as consequências jurídicas da alteração etc” (RIBEIRO, 2007, p. 99).

Explica José Joaquim Gomes Canotilho (1997, p.257) que os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança andam intimamente ligados, de modo que alguns autores reputam a proteção da confiança como um subprincípio ou dimensão específica da segurança jurídica. E completa:

Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto que a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial.

O princípio da confiança legítima do contribuinte, então, aparece aliado ao princípio da segurança jurídica, indo além da tutela do sistema pela garantia de estabilidade

das relações jurídicas, assegurando também a sua concreção no que tange ao âmbito revelado pela realidade social que pretende regular, ou seja, rege também a interpretação conferida aos dispositivos legislativos vigentes.

À segurança jurídica pode ser conferido maior ou menor grau no ordenamento pátrio, tanto em razão da importância de proteção que o princípio assume no contexto fático em que se insere, como em razão dos demais princípios envolvidos no embate. As expectativas serão mais ou menos legítimas a depender do substrato fático oferecido pelo Direito e por seus aplicadores. A própria sistemática de estabilização de expectativas do ordenamento jurídico, combinada com o comportamento de seus operadores, permite-nos classificar de maneira minimamente racional a legitimidade das expectativas dos jurisdicionados; o Direito é um instrumento de pacificação social, e a pacificação somente pode ser alcançada mediante confiabilidade no sistema, em sua estabilidade, integridade e coerência, deveres estes que se encontram positivados pelo artigo 926, do CPC/2015, sendo de necessária observância pelos tribunais, diga-se de passagem.

Ademais, se o Estado, por meio de um dos seus poderes viola uma expectativa criada por outro poder, ainda assim, atua como um todo unitário, razão pelo qual incide a vedação ao comportamento contraditório, também conhecida por *nemo potest venire contra factum proprium*.

Nesse contexto, cumpre destacar que os direitos fundamentais, em regra, operam a favor dos cidadãos. O respeitável constitucionalista Paulo Bonavides (2012, p. 307-355) explica que as Constituições foram feitas para o homem e não para o Estado, “para a Sociedade e não para o Poder; Robespierre, sem embargo da insânia revolucionária que o acometeu nos dias do Terror, proferiu uma verdade lapidar quando disse: ‘A declaração dos Direitos é a Constituição de todos os povos’”<sup>92</sup>.

---

<sup>92</sup> Nesse sentido, acertadas são as palavras de Hugo de Brito Machado (2005, p. 135): “Basta a simples leitura do art. 5º, e seus incisos, da Constituição, para que não se tenha mais dúvida de que as garantias constitucionais nele enumeradas destinam-se à proteção do cidadão, especialmente contra o Estado. E como o direito é na verdade um sistema de limites ao poder, não há exagero em afirmar-se que as garantias jurídicas em geral destinam-se aos administrados, e ainda quando se destinam à sociedade deve esta ser compreendida como agrupamento de indivíduos distinto do Estado enquanto pessoa. Na verdade, o destinatário das garantias constitucionais, é o povo, que nelas encontra proteção contra o arbítrio estatal. No dizer de Linares Quintana, a Constituição tem por finalidade essencial garantir a liberdade, a dignidade e o bem-estar dos homens na sociedade,

Nessa linha de raciocínio, torna-se no mínimo incongruente admitir que o Estado, titular de poder e responsável pela criação das normas jurídicas, estivesse protegido por garantias constitucionais dirigidas ao povo, que poderiam, inclusive, ser utilizadas para enfraquecer as demais garantias que a ordem jurídica sedimentou para proteger seus cidadãos. Seria realmente avassalador (MACHADO, 1994, p. 91) aceitar-se que o Estado invoque, por exemplo, a inconstitucionalidade de uma lei por ele editada para prejudicar o contribuinte, tirando proveito de seu próprio erro, em expressa violação ao princípio da moralidade. Igualmente, não se mostra consentâneo o enriquecimento ilícito do ente tributante decorrente de seu próprio equívoco, vigorando o princípio implícito em nosso ordenamento, de que a ninguém é lícito se beneficiar da própria torpeza.

Além disso, o artigo 102 da Constituição Federal é bastante claro ao afirmar que compete o Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição. Nesse sentido, calha transcrever a reflexão trazida por Ives Gandra Martins (2005, p. 23):

Que significa “guardiã” da Constituição?

A expressão, para mim, não oferece dúvidas. Cabe à Suprema Corte ser a primeira, a principal instituição a garantir a Constituição, a preservá-la, a dar-lhe eficácia plena, a permitir que os cidadãos tenham a certeza e a segurança do direito.

Não se pode admitir que a guardiã da Constituição não a guarde e, em vez de ofertar certeza e segurança, traga insegurança e a incerteza a todos os jurisdicionados, a todos os cidadãos, às próprias instituições e à Democracia.

Segurança e certeza são atributos fundamentais do Estado de Direito. E a Suprema Corte, suprema guardiã de tais atributos – direitos fundamentais -, tem a responsabilidade de, nas alterações de posicionamento, não permitir que impliquem o estabelecimento do vício maior do regime democrático, que é a instabilidade institucional.

---

impondo limitações aos governantes. Em suas palavras: ‘La finalidad última de la Constitución es asegurar la libertad, la dignidad y el bienestar del hombre en la sociedad, mediante limitaciones a la acción del Poder Público’

Fiel a essa doutrina, o STF, pela voz de seus mais cultos integrantes, o Ministro Celso de Mello, já afirmou que os princípios constitucionais da tributação, como limitações da competência tributária, operam apenas a favor do contribuinte, contra o poder estatal.

Essa postura do jurista, na interpretação dos princípios constitucionais, é da maior importância para orientar decisões a respeito das mais diversas questões em face das quais está se tornando frequente a presença do Poder Público em juízo, a defender a aplicação dos princípios constitucionais em detrimento dos contribuintes”.

Por certo, assim como ocorre com os demais princípios, os limites da segurança jurídica apenas ganham contornos concretos na situação fática em que ela incide, tendo em vista a carga de discricionariedade que lhe é inerente e necessária.

Um parâmetro possível para mensurar a segurança digna de tutela pela Corte Constitucional é a própria posição da jurisprudência pátria acerca da questão de constitucionalidade. A existência da chamada “controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição”, requisito previsto no art. 14, III da Lei nº 9.868/1999 como requisito para a propositura da Ação Declaratória de Constitucionalidade, pode ser uma das formas de comprovação de que pairavam dúvidas sobre a questão. Nesse sentido, vale destacar que a expressão “controvérsia judicial relevante” tem sido entendida como um critério qualitativo e, não, quantitativo (ADI nº 5216 MC/DF. BRASIL, STF, 2015). A necessidade de apreciação judicial de uma lei para reafirmar a sua constitucionalidade deve decorrer de uma divergência tal que coloque em risco a presunção de constitucionalidade inerente às leis e, conseqüentemente, a própria eficácia da decisão legislativa (BRANCO e MENDES, 2011, p. 1219-1221).

O tempo decorrido entre a edição da lei e sua impugnação, com a conseqüente decretação da inconstitucionalidade também é um importante fator a ser analisado<sup>93</sup>. Isso porque, não há como ignorar as transformações sociais em constante ocorrência, ora de modo mais sutil e certos períodos de forma profunda. Por certo, não é difícil imaginar que uma lei tenha nascido em conformidade com os preceitos constitucionais, e que a interpretação a partir dele construída tenha respeitado os ditames da Constituição, mas que, ao longo do tempo, tenha se tornado inconstitucional. Nesses casos, presumir que referida lei estava, *ab initio*, eivada pelo vício da inconstitucionalidade, quando, muitas vezes, à época, essa questão sequer era aventada, pode violar de modo muito mais profundo a segurança jurídica. Talvez em razão de nossa ordem constitucional ser relativamente recente e por, historicamente, não termos a tradição de constituições duradouras, esta

---

<sup>93</sup> Vale transcrever interessante afirmação do Ministro Ayres Britto nos autos da ADI nº 3.462/PA (BRASIL, STF, 2010, p. 58): “Quando a própria Constituição trabalha com os institutos jurídicos da prescrição e da decadência, está proclamando que a passagem do tempo não é um indiferente jurídico, quer dizer, pode produzir conseqüências que exigem do ordenamento jurídico uma convalidação. (...) E mais (...), até porque a lei poderia nunca ter sido atacada. Não existe uma automaticidade na incidência da Constituição. Ela só foi atacada três anos depois, então a ponderação impõe a modulação”.

incongruência esteja adormecida no sistema, pois sempre que passamos por intensas transformações, exsurge uma nova Constituição, então o problema fica disfarçado, resolvido pela questão da não recepção<sup>94</sup>.

Luís César Souza de Queiroz (*in*: BARRETO *et al.*, 2006, p. 476-486) também propõe interessante critério para aferir e classificar os diferentes graus de segurança na ordem jurídica, levando em conta, em especial, a natureza do pronunciamento. O grau máximo de segurança jurídica seria denominado *interpretação consolidada com eficácia máxima*, e estaria presente no caso das decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade, nas declaratórias de constitucionalidade, nas arguições de descumprimento de preceito fundamental e nos enunciados consignados nas Súmulas Vinculantes editadas pelo STF. A importância da proteção deve-se ao fato destes pronunciamentos terem efeitos vinculantes e *erga omnes*, de modo que muito se assemelham às leis. As súmulas não vinculantes, por sua vez, seriam expressão de uma *interpretação consolidada com eficácia moderada* e o menor grau de segurança jurídica justifica-se porque estas não têm o efeito de vincular os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Por fim, reconhecendo que, muitas das vezes, o Supremo Tribunal Federal fixa seu entendimento por outros meios de decisão, que é o que normalmente ocorre quando determinada matéria é decidida pelo órgão pleno da Corte Maior e, também, nos casos em que não haja matéria constitucional envolvida, quando o plenário do Superior Tribunal de Justiça define seu entendimento, sendo a última instância decisória e, tal como o STF, cumpre sua função de uniformização da jurisprudência.

---

<sup>94</sup> A título de exemplo, há várias disposições do Código Civil de 1916 – em especial aquelas que estabeleciam tratamento diferenciado em razão do gênero - que, não fosse sua não recepção pela CF/1988, estariam válidas e vigentes até a edição do Código Civil de 2002. Muitas delas já poderiam ser consideradas ultrapassadas pela realidade social dos anos 2000, mas, muito provavelmente não o eram quando da edição do código, motivo pelo qual não haveria de se presumir que elas já nasceram inconstitucionais. O art. 454 do CC/1916, por exemplo, dispunha, *in verbis*:

Art. 454. O conjugue (*sic*), não separado judicialmente, é, de direito, curador do outro, quando interdito.

§ 2º Entre os descendentes, os mais próximos precedem aos mais remotos, e, dentre os do mesmo grau, os varões às mulheres. (grifou-se)

Referida distinção de gênero talvez fosse condizente com o contexto social e jurídico da época, mas, certamente, perdeu sua razão de ser com o passar do tempo. Se não houvesse uma nova Constituição, e referida norma fosse submetida ao controle de constitucionalidade, não haveria como dizer que esta nasceria inconstitucional.



Em todos esses casos, ressalta o autor que há de se sopesar os valores jurídicos em jogo, mas que pode ser altamente recomendável a fixação de efeitos *ex nunc* das decisões. Todos esses critérios permitem-nos, de modo razoável, o grau de segurança jurídica envolvido, o que pode nortear a proteção que deve ser conferida pelo ordenamento jurídico nos caso de fixação da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo e também quando houver mudança de entendimento.

Antevendo algumas críticas que podem surgir a essa posição, em especial acerca da subjetividade da classificação, desde já, importante consignar que não se busca – nem se acredita que seja possível encontrar – uma classificação estanque dos graus de segurança jurídica, abstratamente considerados, mas que, no entanto, não se nega a possibilidade de encontrar uma zona de razoável certeza. De modo análogo, os advogados e operadores do direito em geral, costumam entregar relatórios a seus clientes – muitas vezes por exigência de escritórios de contabilidade ou para a realização de auditorias –, contendo uma análise de contingência, que classifica o grau de certeza (ou de incerteza) na vitória ou derrota acerca de uma pretensão discutida em juízo. Pode ocorrer da análise de um advogado diferir da análise de outro, mas, por certo, haverá pontos razoáveis de convergência. São os critérios levados predominantemente em conta nesta análise que buscamos expor acima.

Além disso, interessante consignar que Hans Kelsen, ao defender a natureza constitutiva da decisão de inconstitucionalidade, afirmou que o ideal da segurança jurídica recomenda que, em princípio, não se atribuisse nenhum efeito retroativo à anulação das normas gerais, “pelo menos no sentido de deixar subsistirem todos os atos anteriormente produzidos com base na norma em questão” (2007, p. 171). No entanto, nada impede que se exclua a aplicação da lei também com base em fatos pretéritos, o que deve ocorrer com fundamento nos próprios valores tutelados pela Constituição.

Nessa senda, Ravi Peixoto (2016, p. 233) observa que, por exemplo, quando há mudança de entendimento da jurisprudência, pode ocorrer do precedente ir se desgastando aos poucos, de modo que, no momento em que há a efetiva superação do entendimento anterior, ele já possuía pouca aplicabilidade e se tornara incapaz

de ser um parâmetro de previsibilidade. Há também os casos em que a *ratio decidendi* do precedente originário sofre mutações com o transcurso do tempo, que alteram seu âmbito de incidência. Nesses casos, seria difícil precisar o momento da mudança. O autor entende que, por essa razão, a irretroatividade seria uma característica exclusiva da lei, não sendo aplicável às hipóteses de superação de precedentes. Entendemos, entretanto, que o que afeta a vida dos jurisdicionados é a *norma*, ou seja, a significação construída a partir do suporte físico fornecido pelo sistema de direito positivo. Tal qual ocorre com as alterações no plano legislativo, as mudanças do entendimento dos intérpretes também representam quebra no tratamento jurídico da matéria. Por isso, tanto nos casos de decisão de inconstitucionalidade – sejam decisões que atuem campo do direito positivo ou apenas no plano da interpretação - quanto nos casos de superação de precedentes, não é fácil a tarefa de precisar o momento em que a certeza do preceito foi abalada. É por isso mesmo, que a própria análise do grau de segurança envolvido apenas pode ser feita concretamente, na situação enfrentada.

É de se observar, ainda, que, em muitos casos, especialmente na seara tributária, a segurança jurídica aparecerá em confronto consigo mesma, configurando uma colisão de direito fundamental em sentido estrito entre o mesmo direito fundamental. Nesses casos, por exemplo, a produção de efeitos *ex nunc* da decisão de inconstitucionalidade pode proteger a segurança jurídica de determinados cidadãos, ao passo que afeta negativamente a legítima expectativa de outros jurisdicionados, e vice-versa com relação aos efeitos *ex tunc*, que podem revelar-se aptos a tutelar as expectativas legítimas de um grupo, ao passo que abalam, em outros cidadãos, sua confiabilidade no sistema. Nessa hipótese, deve ser analisado o tratamento jurídico dado à matéria, bem como sopesadas as premissas fáticas e as consequências geradas por cada conduta, processo que pode ser guiado pela aplicação da ponderação.

### 3.3.1 O TRATAMENTO DA MATÉRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 (LEI Nº 13.105/2015)

Desde o início da década de 1990, o Brasil vem caminhando no sentido de privilegiar os entendimentos já fixados pela jurisprudência, sobretudo pelos Tribunais de Superposição.

O artigo 38 da Lei nº 8.038/1990 permitiu ao relator, seja no Supremo Tribunal Federal, seja no Superior Tribunal de Justiça decidir monocraticamente, negando recurso que, em questões predominantemente de direito, contrarie súmulas dos respectivos tribunais.

Após, a Emenda Constitucional nº 03/1992 trouxe a previsão constitucional de efeito vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Declaratória de Constitucionalidade. Com a Emenda Constitucional nº 45/2004, previu-se a possibilidade da edição de súmulas com caráter vinculante. Cumpre aqui destacar que os enunciados de súmula refletem o entendimento esposado em reiteradas decisões sobre o tema e vinculam todos os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública, inclusive o Poder Legislativo em sua função atípica.

O Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015) é um novo marco na ideia de precedentes no contexto jurídico pátrio. Isso porque o código consagrou em diversos artigos a sistemática dos precedentes vinculantes.

O artigo 926 do CPC/2015 estabelece um dever para os tribunais: além de uniformizar sua jurisprudência, devem mantê-la estável e coerente. Desse dispositivo já se pode inferir que, a fim de proteger a confiabilidade do sistema, havendo mudança de entendimento jurisprudencial, deve-se ao menos preservar sua estabilidade e coerência, o que se faz pela adoção de regras de transição, tais como o reconhecimento de efeitos apenas prospectivos para as decisões que reverterem entendimento já consolidado<sup>95</sup>.

---

<sup>95</sup> Para reforço do tema, cumpre transcrever alguns enunciados, aprovados à unanimidade pelo Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, em interpretação ao referido artigo:

Enunciado 453. A estabilidade a que se refere o caput do art. 926 consiste no dever de os tribunais observarem os próprios precedentes.

Enunciado 454. Uma das dimensões da coerência a que se refere o caput do art. 926 consiste em os tribunais não ignorarem seus próprios precedentes (dever de autorreferência).

Enunciado 455. Uma das dimensões do dever de coerência significa o dever de não-contradição, ou seja, o dever de os tribunais não decidirem casos análogos contrariamente às decisões anteriores, salvo distinção ou superação.

Também o artigo 927 do CPC/2015 estabelece a obrigatoriedade de observância dos precedentes<sup>96</sup>. Nessa toada, importante ressaltar que o § 3º dispõe que, na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver “modulação” dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. A respeito do § 3º, Hermes Zaneti Jr. esclarece que, em que pese tratar o dispositivo apenas da *alteração* dos precedentes, “a *formação* dos precedentes também poderá admitir a modulação dos efeitos, como já ocorre com as decisões em controle de constitucionalidade concentrado e difuso” (*in*: CABRAL *et al.*, 2015, p. 1330).

Igualmente, nos termos do § 4º do mesmo dispositivo, a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos deve observar a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da *segurança jurídica*, da *proteção da confiança* e da *isonomia*.

Como se observa, com vistas a garantir a estabilidade, a integridade e a coerência do sistema, permitindo, ainda, a uniformização da jurisprudência, as decisões judiciais devem procurar, ao máximo, observar as decisões já existentes em casos análogos, evitando-se decisões conflitantes, salvo a existência de demonstração de distinção ou superação do entendimento anterior.

Cumpra, ainda, destacar que aos magistrados, estabeleceu-se o dever de fundamentar suas decisões, ainda quando invoque precedente já fixado (art. 489, §1º, V), ou afaste a aplicação de precedente suscitado pela parte (art. 489, §1º, VI).

---

Enunciado 456. Uma das dimensões do dever de integridade consiste em os tribunais decidirem em conformidade com a unidade do ordenamento jurídico.

<sup>96</sup> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Em outras palavras, os julgadores devem se atentar para o caso concreto que ensejou a fixação do entendimento, estando obrigado a segui-lo em casos que repliquem as premissas da hipótese originalmente apreciada. Nesse sentido, para deixar de aplicar o entendimento vinculante, o magistrado deve invocar alguma peculiaridade do novo caso que justifique a adoção de solução diversa – deve fazer o *distinguish* – ou demonstrar mudanças no contexto fático ou jurídico que autorize a superação do precedente (*overruling*).

Desse modo, nota-se que, na nova sistemática do Processo Civil brasileiro, a interpretação da lei, a norma, ou seja, a significação construída pelo intérprete autorizado do sistema a partir do enunciado insculpido em determinado suporte físico ganha papel de destaque, o que, por certo, apenas evidencia que o problema da proteção da confiança ganha contornos robustos nos casos de reversão de jurisprudência.

Ademais, novo diploma processual civil (Lei nº 13.105/2015), atentando para o problema da insegurança jurídica que pode advir da alteração de entendimento jurisprudencial consolidado, que se agrava na sistemática dos precedentes vinculantes trazida pelo novo diploma legal, trouxe alguns mecanismos para sua atenuação.

O primeiro deles diz respeito à própria fundamentação da decisão judicial. O artigo 489 no Código de Processo Civil de 2015, ao tratar dos elementos essenciais da sentença, consigna expressamente em seu § 1º que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão que empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso (inciso II).

Igualmente, não será fundamentado o pronunciamento jurisdicional que se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes, nem demonstrar que o caso concreto enfrentado se amolda àqueles fundamentos (inciso V); ou que deixar de seguir enunciado de súmula,

jurisprudência<sup>97</sup> ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (inciso VI).

Em outras palavras, o juiz ou Tribunal que não se mantiver fiel ao entendimento cristalizado na ordem jurídica pátria, deve fazer o *distinguish*, ou seja, demonstrar os pontos de distinção entre o caso em que fixado o precedente e o novo caso concreto trazido à sua apreciação, justificando a adoção de solução diversa<sup>98</sup>.

Quando decidirem com base em precedentes, ainda, os juízes e tribunais devem oportunizar às partes o contraditório efetivo, garantido pelo artigo 10 do código, bem como fundamentar os pontos de similitude que justificaram a aplicação do referido entendimento consolidado, nos termos do que versa o §1º do artigo 489 deste mesmo diploma<sup>99</sup>.

Como se não bastasse, o Código de Processo Civil de 2015 traz preocupação expressa com os casos de alteração dos precedentes, da “tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos”<sup>100</sup>, casos em que será garantida a participação social na rediscussão da tese.

Na hipótese de alteração de jurisprudência fixada no julgamento de casos repetitivos ou de entendimento dominante dos tribunais superiores em geral, ainda, a lei consigna expressamente que “pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”<sup>101</sup>.

<sup>97</sup> Termo aqui utilizado na acepção de conjunto de decisões judiciais uniformes, cumpre esclarecer.

<sup>98</sup> “Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, algumas peculiaridades no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente”. (DIDIER JR. et. al., 2015, p. 43)

<sup>99</sup> Art. 927, § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

<sup>100</sup> Art. 927, § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

<sup>101</sup> Art. 927, § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica

Também no que tange aos enunciados de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos, além de se observar a adequada e específica fundamentação para que se viabilize a alteração do entendimento, a decisão há de sempre ter como norte e baliza os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia<sup>102</sup>.

Andou bem o legislador em criar mecanismos concretos de tutela das legítimas expectativas dos jurisdicionados, visto que a utilização de conceitos jurídicos indeterminados se tornou mais frequente, sobretudo a partir da Constituição Federal de 1988. Se, por um lado esse mecanismo permite que o direito acompanhe as transformações sociais, por outro, ele também urge por uma aplicação cautelosa das alterações, em especial aquelas advindas de mudanças interpretativas. Isso porque o cidadão de bem pauta suas condutas de acordo com as leis e demais normas estatais, e é essencial para o próprio fortalecimento do Estado que essas expectativas sejam respeitadas, sob pena de se comprometer a própria efetividade da ordem jurídica.

### **3.4 Excepcional interesse social**

O artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, além de falar em razões de segurança jurídica, elenca, ainda, razões de excepcional interesse social como autorizadoras para que o juiz ou Tribunal defina o marco temporal da produção de efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Antes de ser um princípio a ser ponderado na equação constitucional, o interesse social é o norte, é aquilo que se deve buscar. Segurança jurídica e excepcional interesse social atuam em conjunto e são a expressão da busca de proporcionalidade na fixação temporal dos efeitos do pronunciamento de inconstitucionalidade. E o que poderia melhor representar os interesses de um povo do que seu próprio texto constitucional? A Constituição é a expressão máxima das escolhas sociais, daquilo que ela entende por relevante e, assim visa garantir e proteger.

---

<sup>102</sup> Art. 927, § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

*Excepcional interesse social* é um conceito jurídico indeterminado que é, em síntese, a vontade do povo, em última instância, consignada na Constituição Federal. Referido conceito abarca, sob a sua alcunha, numerosos direitos fundamentais com caráter de princípio, que retratam algumas das escolhas constitucionais mais relevantes para a sociedade. Especialmente em uma ordem jurídica como a brasileira, em que, logo nos primeiros artigos da Constituição Federal resta cristalina a importância dos direitos fundamentais, enquanto direitos estruturantes do sistema, seja pela previsão de sua aplicabilidade imediata, nos termos do artigo 5º, § 1º<sup>103</sup>, seja pelo seu enquadramento como cláusulas pétreas, de modo que gozam de proteção especial contra qualquer tentativa de supressão de seu núcleo essencial pelo poder constituinte reformador, conforme previsão do artigo 60, § 4º, IV<sup>104</sup>.

Mesmo que se vislumbre a existência de uma antítese, em alguns casos concretos, entre o interesse público e um interesse individual especificamente considerado, não há interesse público que seja dissonante de interesse dos membros da sociedade. O interesse público deve ser entendido como a dimensão pública dos interesses individuais, a projeção dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade, composto pelos objetivos comuns de todos os cidadãos, na busca pela estabilidade, segurança e bem-estar compartilhado por toda a sociedade<sup>105</sup>.

Com acerto, Gustavo Binenbojm<sup>106</sup> (2005, *passim*), afirma que, se o interesse público reside justamente na otimização dos direitos fundamentais em jogo, a

---

<sup>103</sup> Art. 5º: (...)

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

<sup>104</sup> Art. 60: (...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:  
(...)

IV - os direitos e garantias individuais.

<sup>105</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 53) define interesse público como “o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade, e pelo simples fato de o serem”. Calha, ainda, observar que, apesar de adotarmos a definição do autor quanto à definição de interesse público, divergimos de sua posição quanto à existência de um princípio de supremacia do interesse público sobre o privado.

<sup>106</sup> Deixemos aqui de lado a imprecisão terminológica na qual incorre o autor ao, apesar de partir da teoria de Humberto Ávila, referir-se à proporcionalidade ora como princípio, ora como postulado normativo. Apesar de não adotarmos no presente trabalho referida classificação, para Ávila (1999, p. 109), “O dever de proporcionalidade também não é um princípio ou critério material”.



solução que melhor lhe assenta é aquela obtida através da aplicação da lei de colisão e de suas submáximas<sup>107</sup>.

Por isso mesmo, não há como se definir prévia e abstratamente o conteúdo jurídico do interesse público. Há de se destacar, entretanto, que, na busca pelo interesse público, os agentes estatais devem agir visando, primordialmente conferir máxima efetividade à Constituição. Nessa toada, importante lembrar que os direitos fundamentais são o núcleo essencial das escolhas políticas de uma sociedade, visto que condensam aqueles bens jurídicos mais relevantes para o Estado e seu povo. A máxima efetividade da Constituição é também um objetivo inerente ao próprio Estado de Direito, cujas balizas jurídicas são deslocadas da ideia tradicional da legalidade em sentido estrito para uma legalidade em sentido amplo, ou seja, pela juridicidade, que consiste na conformidade das condutas estatais com os preceitos constitucionais.

Desse modo, trazendo referido entendimento para o escopo do presente trabalho, vê-se que o excepcional interesse social, no caso da decisão de inconstitucionalidade de norma tributária, implica na necessidade de se conferir uma margem de discricionariedade aos julgadores no que tange desenho dos efeitos temporais do pronunciamento. Sempre pautados na ideia de juridicidade, devem eles sopesar a solução que se lhes afigura mais adequada em relação aos objetivos da Carta Maior. A solução que melhor atende ao interesse público, então, não é - nem pode ser - pré-definida pelo sistema. Somente a partir da situação analisada em concreto, de suas peculiaridades, é que se poderá definir, por meio da ponderação, se se afigura mais adequada à concretização do interesse público a produção de efeitos *ex nunc*, *ex tunc* ou mesmo, se é mais consentânea a fixação de um marco

---

<sup>107</sup> Por isso mesmo, entendemos incoerente a ideia de que, no Direito Administrativo, haveria uma regra de preferência a favor do Estado sob a rubrica de "supremacia do interesse público", porque o favorecimento incondicionado do Estado nem sempre será a solução que melhor representa o interesse público em jogo. Gustavo Binenboim (2005, p. 16) explica: "Com efeito, nota-se que não há como conciliar no ordenamento jurídico um 'princípio' que, ignorando as nuances do caso concreto, pré-estabeleça que a melhor solução consubstancia-se na vitória do interesse público. O 'princípio' em si afasta o processo de ponderação, fechando as portas para os interesses privados que estejam envolvidos. Dê-se destaque, outrossim, ao fato da fórmula pré-concebida presente no 'princípio' ir de encontro ao dever de fundamentação ('dever de explicitação das premissas') a que se sujeitam os Poderes do Estado". Igualmente, Humberto Ávila (1999, p. 111) destaca que "O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (p. ex. preâmbulo e direitos fundamentais)".

temporal no passado ou no futuro. Portanto, salta aos olhos que a própria noção de interesse público já traz em si ínsita a ideia de ponderação, de máxima realização dos interesses em jogo<sup>108</sup>.

Especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, com a plena adoção do regime democrático e da consolidação dos direitos fundamentais<sup>109</sup>, referido preceito desloca-se do arbítrio do administrador – e, por conseguinte, do âmbito da perspectiva puramente estatal – e passa a concentrar-se em um juízo de ponderação entre os direitos fundamentais, orientado pela proporcionalidade<sup>110</sup>.

Dessarte, a proteção dos interesses individuais também se configura em um interesse do Estado, visto que a proteção de um direito individual consagrado constitucionalmente integra, por definição, a esfera do chamado interesse público. A noção de interesse público abarca, portanto, a proteção de interesses privados e coletivos nos termos prescritos na Constituição, de modo que, apenas no caso concreto é que se poderá estabelecer uma relação de precedência, de preferência, de um sobre o outro. A realização do interesse público pode consistir tanto na proteção de um interesse coletivo, quanto na implementação de um interesse de caráter predominantemente individual. Tudo dependerá das circunstâncias fáticas e jurídicas adjacentes à situação apreciada. Nesses casos, visto que envolvidas normas com um grau de abstração relativamente alto e que comportam diferentes graus de aplicação, revela-se adequada a aplicação da lei de colisão, método

---

<sup>108</sup> Fábio Medina Osório (2000, p. 105) embora defenda a existência de um “princípio da supremacia do interesse público sobre o privado”, afirma, que “a máxima da proporcionalidade é perfeitamente compatível com o princípio do interesse público, visto que este não pode incidir desprovido de racionalidade, carente de ponderação ou do processo ínsito à incidência de todo e qualquer princípio constitucional”.

<sup>109</sup> Interessante observar que: “O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura maleável dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação a priori de uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual. A fluidez conceitual inerente à noção de interesse público aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação dos direitos fundamentais, e não na sua limitação em prol de algum interesse contraposto da coletividade, impõem ao legislador à Administração Pública o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização” (BINENBOJM, 2005, p. 19-20)

<sup>110</sup> Observa, neste sentido, Patrícia Ferreira Baptista, (2003, p. 129-30) “Da condição de súdito, de mero sujeito subordinado à Administração, o administrado foi elevado à condição de cidadão. Essa nova posição do indivíduo, amparada no desenvolvimento do discurso dos direitos fundamentais, demandou a alteração do papel tradicional da Administração Pública. Direcionada para o respeito à dignidade da pessoa humana, a Administração, constitucionalizada, vê-se compelida a abandonar o modelo autoritário de gestão da coisa pública para se transformar em um centro de captação e ordenação dos múltiplos interesses existentes no substrato social.”

concebido para a resolução de colisão de princípios, com suas três submáximas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

No que concerne ao interesse público, então, ele pode comportar a proteção de diversos preceitos constitucionais, dentre os quais se sobressaem os direitos fundamentais, tanto aqueles essencialmente individuais, quanto os chamados direitos sociais ou prestacionais. Vale destacar que muitos, senão todos, direitos fundamentais são garantidos ou fomentados a partir da atuação estatal. Nesse íterim, a atividade tributária e também a financeira são instrumentos para a realização do próprio fim do Estado que, assim, obtém recursos financeiros para gestão e aplicação nas áreas que melhor atendem aos interesses e às necessidades públicas, conforme as prioridades estabelecidas na Constituição e na lei<sup>111</sup>.

O interesse social, então, envolve um sopesamento entre os princípios envolvidos, que podem consistir tanto em direitos individuais, quanto sociais. De mais a mais, considerando que as disposições do sistema jurídico destinam-se a produzir consequências no mundo empírico na ponderação, podem e devem ser considerados também aspectos econômicos. O Direito não atua descolado da realidade. E também o atendimento do interesse público demanda escolhas que, muitas vezes são possibilitadas pela arrecadação estatal e limitadas pela finitude destes mesmos recursos.

#### 3.4.1 A ANÁLISE DAS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS ECONÔMICAS DA DECISÃO COMO FUNDAMENTO PARA A FIXAÇÃO DO MARCO TEMPORAL DE PRODUÇÃO DE EFEITOS DO PRONUNCIAMENTO

Adentrando à questão dos custos dos direitos fundamentais, revela-se, primeiramente, importante desconstruir a ideia de que apenas os direitos fundamentais sociais é que geram um custo para o Estado<sup>112</sup>. A questão financeira é

---

<sup>111</sup> Neste aspecto, cumpre destacar que a lei que deve nortear a atuação estatal é aquela feita em conformidade formal e material com os ditames constitucionais. Aliomar Baleiro (2004, p. 04) afirma que “a necessidade torna-se pública por uma decisão dos órgãos políticos”. Isso somente é real se referida decisão atender aos objetivos constitucionais.

<sup>112</sup> “De acordo com a interpretação liberal clássica, direitos fundamentais são ‘destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade dos indivíduos contra intervenções dos Poderes Públicos; eles são direitos do indivíduo contra intervenções dos Poderes Públicos; eles são direitos de defesa

comumente associada ao atendimento dos direitos prestacionais. No entanto, também as liberdades negativas, os direitos de defesa, têm custos que lhe são inerentes, se considerarmos a necessidade de garantia, por parte do Estado, da proteção do titular de direito em face de terceiros<sup>113</sup>. Robert Alexy (2015, p. 223-226; 438-439; 503-510) explica, por exemplo, que uma liberdade jurídica não tem valor sem que haja liberdade fática, ou seja, o cidadão só é realmente livre na medida em que haja uma real possibilidade de escolha entre fazer ou não fazer aquilo que é permitido; em outras palavras, quando há, realmente uma alternativa, uma faculdade de escolha. E, em grande parte das vezes, essa possibilidade efetiva somente é garantida por meio da atuação estatal<sup>114</sup>.

Nada impede - aliás, é até desejável, visto que este é o entendimento que privilegia a máxima efetividade da Constituição – que o Tribunal, ao desenhar a eficácia temporal da sua decisão de inconstitucionalidade, mediante decisão suficientemente

---

do cidadão contra o Estado'. Direitos de defesa do cidadão contra o Estado são direitos a ações *negativas* (abstenções) do Estado. Eles pertencem ao status negativo, mais precisamente ao status negativo em sentido amplo. Seu contraponto são os direitos a uma ação *positiva* do Estado, que pertencem ao status positivo, mais precisamente, ao status positivo em sentido estrito. Se se adota um conceito amplo de prestação, todos os direitos a uma ação estatal positiva podem ser classificados como direitos a prestações estatais em um sentido mais amplo; de forma abreviada: como direitos a prestações em sentido amplo. Saber se e em que medida se deve atribuir aos dispositivos de direitos fundamentais normas que garantam direitos a prestações em sentido amplo é uma das questões mais polêmicas da atual dogmática dos direitos fundamentais. Especialmente intensa é a discussão sobre os assim chamados direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência social, ao trabalho, à moradia e à educação. Como será demonstrado, esses direitos constituem, de fato, uma importante parte daquilo que é denominado 'direitos a prestações', mas o âmbito desses direitos a prestações é mais amplo". (ALEXY, 2015, p. 433-434)

<sup>113</sup> Robert Alexy (2015, p. 438-439) explica que: "É significativa a utilização de um direito de liberdade na fundamentação do tribunal, porque essa utilização pressupõe que o direito de liberdade não tenha sido interpretado somente como direito de defesa. Apenas como direito de defesa, ele nada teria como auxiliar a fundamentação. Ele se torna uma parte fundamental da fundamentação apenas quando passa a se referir aos 'pressupostos necessários para a realização' do direito de liberdade, ou seja, quando interpretado como uma garantia de uma parte da liberdade fática, o que o tribunal fundamental, entre outras, com as seguintes palavras: 'o direito de liberdade não teria valor sem os pressupostos fáticos para seu exercício. Com isso, no entanto, abre-se uma nova dimensão na fundamentação dos direitos atribuídos'".

<sup>114</sup> Ora, a afirmação de Alexy sequer está longe da nossa realidade cotidiana: entre os dias 05/02/2017 e 11/02/2017, o Estado do Espírito Santo viveu na pele ausência de liberdade fática. Isso porque, os Policiais Militares fizeram greve durante este período. Os cidadãos tiveram sua liberdade jurídica preservada, mas a liberdade fática, ou seja, as condições reais de exercício de seus direitos fundamentais, ficou bastante abalada, em razão da violência que tomou conta das ruas. Esse é um grande exemplo de como as liberdades essencialmente negativas também geram um custo para o Estado: a paralisação se deu em razão da busca do reajuste salarial pleiteado pelos policiais. O Estado, por sua vez, afirmava que não poderia atender à solicitação dos policiais justamente em razão do alto custo da medida. A respeito, ver: "Governo do ES e PMs fecham acordo para terminar a paralisação". Publicado em: 10/02/2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/espírito-santo/noticia/2017/02/governo-associacoes-e-sindicato-tem-acordo-e-greve-termina-no-es.html>>. Acesso em: fev./2017.

fundamentada, como preceitua explicitamente o art. 489 do CPC/2015, utilize razões de cunho político, econômico e social, desde que estas tenham por escopo a realização de valores constitucionalmente tutelados. Nesse sentido, manifestou-se Jorge Miranda, inclusive para reconhecer que os tribunais podem e devem mensurar as consequências práticas de suas decisões, como forma de conferir maior efetividade à Constituição:

A fixação dos efeitos da inconstitucionalidade destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar; destina-se a evitar que, para fugir a consequências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela ocorrência de inconstitucionalidade; é uma válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização.

Uma norma como a do art. 282, n. 4, aparece, portanto, em diversos países, senão nos textos, pelo menos na jurisprudência.

Como escreve Bachof, os tribunais constitucionais consideram-se não só autorizados mas inclusivamente obrigados a ponderar as suas decisões, a tomar em consideração as possíveis consequências destas. É assim que eles verificam se um possível resultado da decisão não seria manifestamente injusto, ou não acarretaria um dano para o bem público, ou não iria lesar interesses dignos de proteção de cidadãos singulares. Não pode entender-se isto, naturalmente, como se os tribunais tomassem como ponto de partida o presumível resultado da sua decisão e passassem por cima da Constituição e da lei em atenção a um resultado desejado. Mas a verdade é que um resultado injusto, ou por qualquer outra razão duvidoso, é também em regra — embora não sempre — um resultado juridicamente errado.

À primeira vista, oposto à fixação dos efeitos é o judicial self-restraint, que consiste (como o nome indica) numa autolimitação dos tribunais ou do tribunal de constitucionalidade, não ajuizando aí onde considere que as opções políticas do legislador devem prevalecer ou ser insindicáveis. Mas talvez se trate apenas de uma aparente restrição, porquanto não interferir, não fiscalizar, não julgar pode inculcar, já por si, uma aceitação dos juízos do legislador e das suas estatuições e, portanto, também uma definição (embora negativa) da inconstitucionalidade e dos seus eventuais efeitos.

Tathiane Piscitelli (2011, *passim*), partindo, em síntese, de uma concepção instrumental do Direito Tributário, sustenta que a argumentação judicial admite utilização de argumentos de cunho econômico ou político como jurídicos, desde que estes concretizem alguma das funções primordiais para as quais o Direito Tributário foi concebido. Alicerçada na teoria de Neil MacCormick, afirma que certas consequências podem, validamente, integrar a justificativa de uma decisão judicial tributária. Para MacCormick, toda decisão judicial é universalizável e, se essa universalização subverter valores tutelados pelo Direito, ela não será desejável.

Deste modo, percebe-se, pois, que as consequências de uma decisão podem e devem ser levadas em conta em sua própria formação.

Nesse sentido, segundo Piscitelli, seriam válidos argumentos que envolvessem a consideração acerca das consequências práticas da decisão judicial, desde que voltadas à realização da justiça fiscal e para propiciar manutenção do Estado Democrático de Direito. Trata-se, pois, de reconhecer o *status jurídico* de argumentos relacionados com a necessidade de manutenção dos níveis de arrecadação, ou mesmo de questões relacionadas com a justiça na tributação, como forma de trazê-los para o debate sobre a melhor solução para o caso concreto, sem que isso implique a prevalência incontestada dos argumentos da Fazenda – que sempre irá destacar o interesse público na arrecadação. Ao contrário: o ponto central e indispensável é conferir dialeticidade e racionalidade; é debater a fundo a questão, seja para acatar o fundamento trazido, seja para refutá-lo.

Ao demonstrar os exatos entraves econômicos para a adoção de uma tese em prol do contribuinte, com números, estatísticas e estudos confiáveis, tais questões despir-se-ão da capa principiológica e poderão ser verdadeiramente debatidas e rebatidas, de modo a viabilizar o diálogo com paridade de armas, o jogo limpo, essencialmente democrático, com a participação de todos os atores envolvidos. Na mesma toada, a abertura argumentativa aqui proposta terá o condão de vincular as razões de decidir do juiz, que, obrigatoriamente, terá, também, que se manifestar e justificar suas decisões tendo-se em vista (i) o papel mantenedor e constitutivo do Estado que o direito tributário assume e (ii) a necessidade de garantia da justiça distributiva, pelas mãos do Estado Democrático de Direito (PISCITELLI, 2011, p. 269).

Assim, os argumentos de cunho econômico não ficarão mais restritos aos comentários “fora” dos autos. A partir do momento em que estes argumentos são legitimamente trazidos para “dentro” dos autos, devem ser considerados fundamentos jurídicos, e sua aplicação passa a ser condicionada pelas regras do próprio ordenamento, de modo que a prevalência do argumento, ainda que de cunho econômico, dependerá de ampla manifestação das partes e de terceiros, da apresentação de provas e, por fim, do convencimento motivado do magistrado. E,

enquanto argumentos também jurídicos, tais fundamentos devem ter por fim último a própria realização dos direitos fundamentais. O argumento econômico, por si só, não é suficiente para afastar a proteção de um ou outro princípios. Eles devem, necessariamente, conectar-se à realização de princípios outros que justifiquem a restrição do princípio oposto, tendo em vista que as limitações constitucionais ao poder de tributar estampam, em si mesmas, direitos fundamentais, que também devem ser protegidos.

Reforça-se, desse modo, a legitimação democrática da decisão a ser proferida, ensejando, ainda, maior abertura para o controle social da decisão, tendo em vista que, aos jurisdicionados, será possível verificar claramente os motivos da decisão, dispensando-se, com isso, a necessidade de ser lermos as entrelinhas do pronunciamento, elaborando suposições quanto aos motivos externos ao processo que influíram na decisão, mas que se encontram apenas implicitamente no comando judicial<sup>115</sup>.

Concordamos parcialmente com a autora. Entendemos que existem, sim, certos argumentos que levam em conta as consequências de uma decisão e que merecem guarida da ordem jurídica, de modo que se admite, e, inclusive, se deseja que sejam utilizados como fundamentos (jurídicos) de uma decisão judicial.

Igualmente, é de suma importância, tanto para a Fazenda, quanto para os contribuintes o reconhecimento do *status* jurídico dos chamados argumentos consequencialistas. Apenas assim, eles sairão da sombra dos conceitos jurídicos indeterminados e, postos às claras, tornar-se-á possível debatê-los no mesmo plano

---

<sup>115</sup> Apenas a título de exemplo, no RE 556.664, ao decidir pela inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, que havia fixado em dez anos o prazo de prescrição e decadência das contribuições da seguridade social, o STF conferiu efeitos *ex tunc* apenas para cobranças ainda em curso. Para recolhimentos já efetuados, somente haveria direito à restituição se o pedido administrativo e judicial tivesse sido realizado antes da conclusão do julgamento. O desenho dos efeitos temporais levou em conta “a repercussão e a insegurança jurídica que se pode ter na hipótese”. Na verdade, vê-se que a decisão visou preservar a saúde financeira da previdência, pois, caso assim não fosse, seria mais lógico conferir-se efeitos *ex tunc* a todos os contribuintes, visto que era patente a necessidade de edição de uma lei complementar para tratar da matéria. O Ministro Gilmar Mendes, ao acolher o pedido de “modulação temporal”, deixa transparecer sua preocupação com as consequências econômicas da decisão, ao afirmar que: “Estou acolhendo parcialmente o pedido de modulação de efeitos, tendo em vista a repercussão e a insegurança jurídica que se pode ter na hipótese; mas estou tentando delimitar esse quadro de modo a afastar a possibilidade de repetição de indébito de valores recolhidos nestas condições, com exceção das ações propostas antes da conclusão do julgamento”.

linguístico, o que contribui para a formação de uma decisão devidamente fundamentada – que, por sua vez, tende à maior aceitação por parte dos jurisdicionados.

Porém, como a própria autora adverte em sua obra, a argumentação consequencialista demanda justificativas aceitáveis, sob pena de todas as decisões serem proferidas em prol da Fazenda, tendo-se em vista a necessidade sempre presente de custear despesas públicas. Não obstante, Piscitelli entende como válidos os fundamentos que envolvam a efetivação da justiça fiscal e a manutenção do Estado Democrático de Direito.

A nosso ver, utilizar sobretudo razões de justiça fiscal para convalidar, ainda que por determinado período temporal, eventuais leis contrárias à Constituição pátria é questão muito delicada, visto que a necessidade arrecadatória para fazer jus ao constante crescimento das incumbências estatais - fenômeno ocorrido em especial com a adoção de modelos de Estado Social - poderia legitimar sérias violações ao direito individual de um grande número de contribuintes. Ricardo Lodi Ribeiro, ao traçar breve panorama sobre a evolução da segurança jurídica no contexto histórico nacional e mundial narra a ocorrência da situação acima nos anos que se seguiram ao fim da Segunda Guerra Mundial, em que o mundo vivia o auge do Estado Social:

Na seara tributária, o esforço arrecadatário para financiar o agigantamento das despesas públicas levava o pêndulo hermenêutico a confundir justiça fiscal com o interesse da arrecadação tributária. Afinada com a melodia fiscalista, soavam os acordes da progressividade em nome da distribuição de rendas e dos incentivos fiscais setoriais como trampolim para o desenvolvimento econômico em uma visão keynesiana. (RIBEIRO, 2009, p. 49)

Em que pese discordarmos da ideia de que eventual modelação de efeitos justifica-se com base em argumentos de justiça fiscal e de manutenção do Estado Democrático de Direito, resta incontestado a importância de se erigirem as prováveis consequências do pronunciamento ao *status* de *ratio decidendi*, ou seja, aceitá-las como argumento jurídico relevante na justificação das decisões judiciais. Como poder político que é, o Poder Judiciário “não pode furtar-se à responsabilidade sobre as consequências dos seus julgados, invocando o mote ultrapassado do *fiat justitia*



*et pereat mundus*<sup>116</sup> (SARMENTO, 1998, p. 36). Admitir-se a argumentação com base nas consequências é, em última análise, uma exigência necessária à garantia de publicidade do ato, ao cumprimento do dever de motivação das decisões judiciais e de efetivação do princípio do contraditório.

Além disso, não só os direitos fundamentais sociais, quanto também os direitos individuais têm em si ínsito um necessário custo, relacionado a atividade estatal, seja para prestá-los, seja para garanti-los. Nesse contexto, a necessidade de liberdade fática enquanto pressuposto para o exercício dos direitos fundamentais suscita a discussão a respeito da reserva do possível. Tradicionalmente, o Supremo Tribunal Federal afasta a argumentação relacionada à reserva do possível no que concerne à pretensão do Estado em justificar o descumprimento aos direitos fundamentais. Isso significaria uma precarização dos direitos fundamentais, que vinculam tanto o legislador, quanto o gestor do Estado, que devem sempre pautar sua atuação na preservação desses. É certo que a atuação estatal positiva depende de recursos financeiros e que esses são escassos. Mas ao menos aquela parcela denominada de mínimo existencial deve, obrigatoriamente, ser garantida pelo Estado<sup>117</sup>.

Transpondo o raciocínio para a questão do desenho temporal dos efeitos em matéria tributária, é certo que, caso se fixasse, de modo estanque, que toda e qualquer decisão de inconstitucionalidade, por ter natureza constitutiva, apenas produziria efeitos prospectivos, os efeitos seriam provavelmente nefastos, violando, inclusive, a legítima expectativa dos jurisdicionados na eliminação *ab initio* de normas teratológicas. Isso porque é possível antever a edição de numerosas leis, criando ou

<sup>116</sup> Em tradução livre: faça-se justiça, ainda que pereça o mundo.

<sup>117</sup> Immanuel Kant (1964, p. 434) afirma que: “No reino dos fins tudo tem um *preço* ou uma *dignidade*. Uma coisa que tem um preço pode ser substituída por qualquer outra coisa equivalente; pelo contrário, o que está acima de todo preço e, por conseguinte, o que não admite equivalente, é o que tem uma dignidade. Tudo o que se refere às inclinações e necessidades gerais do homem tem um preço de mercadoria; o que, embora não pressuponha uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é, à satisfação que nos advém de um simples jogo, mesmo destituído de finalidade, de nossas faculdades intelectuais, tem um preço de sentimento; mas o que constitui a só condição capaz de fazer que alguma coisa seja um fim em si, isso não tem apenas simples valor relativo, isto é, um preço, mas sim um valor intrínseco, uma dignidade”. No próprio trecho colacionado, já é possível enxergar o dilema que acompanha os direitos fundamentais. Kant afirma que aquilo que envolve as faculdades intelectuais, o sentimento do ser racional não teria um preço. Os direitos fundamentais dirigem-se primordialmente ao aspecto que Kant denomina de dignidade, mas para sua concretização, envolvem o atendimento das “necessidades gerais do homem”, ainda que minimamente - e essas, como o próprio autor reconhece, têm, sim, um preço, um custo.

majorando tributos, em patente desrespeito às limitações constitucionais ao poder de tributar – que constituem verdadeiros direitos fundamentais dos contribuintes – destinadas justamente a suprir necessidades arrecadatórias imediatas, de modo que, até que decretadas inconstitucionais pelo Tribunal ou por juízes singulares (estes últimos, por óbvio, incidentalmente, quando da análise do caso concreto), já teriam estas leis cumprido sua razão de ser e os contribuintes não poderiam mais reaver os valores indevidamente recolhidos aos cofres públicos<sup>118</sup>. Inegável, pois, que referido entendimento enfraqueceria as garantias constitucionais e fomentaria a impunidade e o descrédito no sistema.

Ademais, o poder de tributar decorre do poder de império estatal, de modo que, assim como ocorre no Direito Penal, o particular e o Estado encontram-se em situação de desigualdade. A tributação é uma forma de intervenção do Estado em um direito fundamental, a propriedade privada, e esta intervenção apenas se justifica na medida em que constitui meio apto a garantir a efetivação de outros direitos fundamentais.

Os tributos, historicamente são parte da criação do Estado. Eles ganharam mais espaço na medida em que a liberdade política foi gradualmente substituída pela liberdade econômica, sobretudo. É o “preço” da liberdade econômica, se é que há de se falar em um “preço”<sup>119</sup>. E, como tal, deve ser razoável, encontrando sempre

---

<sup>118</sup> Saulo Ramos (2013, p. 320), em obra literária, mas também permeada por memórias de fatos realmente ocorridos, relata não ser incomum esta prática: “Durante a discussão dos planos Cruzado I e II, ouvi algo espantoso dos funcionários do Ministério da Fazenda, a turma da casa, que lá estava havia séculos. Quando nós, os juristas, advertíamos que determinada medida era inconstitucional ou ilegal, eles respondiam com a demonstração de uma estatística fantástica: - Contra atos da Fazenda Nacional, apenas ingressam em juízo cerca de 30% dos prejudicados. A maioria, portanto, não reclama. Pode haver alteração para mais ou para menos, dependendo de dois fatores principais: 1) se a imprensa der destaque à ilegalidade, o que não acontece sempre, porque os jornalistas, em determinadas questões, passam batido; 2) se as quantias envolvidas não forem individualmente expressivas. E os que entram com ações contra a União levam cerca de dez anos para receber, o que adia o problema para os governos posteriores. [...] existe no governo, em todos os governos, a mentalidade de que a ilegalidade em favor do Tesouro Nacional é eticamente legítima”.

<sup>119</sup> Interessante a reflexão trazida pelo italiano Angelo D’orsi (2013, p. 237): “O perigo da liberdade moderna é que, absorvidos pelo prazer da nossa independência privada e na busca de nossos interesses especiais, podemos renunciar muito facilmente ao nosso direito de participar do poder político. Não nos faltam depositários da autoridade para nos exortar a isso. Estão tão dispostos a nos poupar de todo tipo de sofrimento, com exceção daquele de obedecer e de pagar! Eles nos dirão: qual é no fundo o escopo dos esforços de vocês, o motivo do trabalho de vocês, o objeto de todas as esperanças de vocês? Não é a felicidade? Então, deixem por nossa conta e nós a daremos a vocês. Não, Senhores, não deixamos por conta de vocês, por mais comovente que possa ser um interesse

limitação nos demais direitos fundamentais. Em uma redução simplória e metafórica: de que adianta o Estado tributar o cidadão para oferecer-lhe saúde e educação, se ao fazê-lo, deixa-o, dentro de casa, sem sequer leite e pão?

As limitações constitucionais ao poder de tributar restringem a competência constitucionalmente atribuída ao legislador, que, ao legislar sobre direito tributário não pode desrespeitá-las. Deste modo, estas garantias compõem o “mínimo existencial” no campo da tributação. Quer dizer, o espaço de atuação do legislador apenas começa onde essas garantias acabam. A equação tributária, sob a perspectiva estatal, é exógena, e, não, endógena. Com isso quer se dizer que o valor dos tributos não é obtido do resultado do custo das necessidades sociais e estatais como um todo, dividido pelo número de contribuintes. Muito pelo contrário: ao invés de considerar o custo total da atividade estatal, os tributos têm como referência a capacidade econômica de cada contribuinte, sua renda, patrimônio e atividades econômicas praticadas, ou seja, formas de externalização de riquezas. A visão, antes de ser global, é individual: até quanto pode ser exigido pelo Estado do sujeito sem violar suas garantias fundamentais?

Desse modo, percebe-se que, em um Estado Democrático, a Constituição Federal prevê direitos fundamentais como dever de realização a todos direcionado, de modo que os Poderes do Estado, sobretudo, têm a obrigação de atuar para sua preservação e efetivação. Assim, as normas de direito fundamental representam verdadeira limitação à competência do legislador, por elas definem aquilo que, sob a perspectiva democrática, incumbe ou não ao legislador decidir. Inclusive, é justamente neste ponto que se situa o chamado “paradoxo da democracia”<sup>120</sup>, a possibilidade de um Tribunal Constitucional, com autoridades legitimadas democraticamente apenas de forma indireta, invalidar uma lei, ato praticado pelos legisladores, que são representantes diretos do povo (ALEXY, 2015, p. 447). No entanto, essa constante tensão é inerente ao próprio Estado de Direito, como

---

tão delicado, pedimos encarecidamente à autoridade para que permaneça em seus limites. Limite-se a ser justa, nós nos encarregaremos de ser felizes”.

<sup>120</sup> Calha esclarecer que a expressão, aqui, difere do “paradoxo da democracia” suscitado por Jon Elster, que reside no fato de “cada geração deseja ser livre para criar vínculos para seus sucessores, e ao mesmo tempo não ser vinculada aos seus predecessores” (ELSTER, 1993, p. 93). O paradoxo de Elster surge quando se busca perquirir a legitimidade de uma geração criar normas vinculantes para as próximas gerações, instituindo um governo dos mortos sobre os vivos.

mecanismo de controle do abuso de poder, um instrumento do sistema de freios e contrapesos. Os direitos fundamentais, então, em face do legislador, conferem-lhe limites positivos e negativos de atuação. Se há um direito fundamental do indivíduo contra o legislador, é de se dizer que a possibilidade de um juiz ou Tribunal reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei não vai de encontro com o sistema democrático; na verdade, é um instrumento de garantia da própria ideia de democracia. Senão vejamos:

Se a Constituição confere ao indivíduo direitos contra o legislador e prevê um tribunal constitucional (também) para garantir esses direitos, então, a atividade do tribunal constitucional no âmbito da legislação que seja necessária à garantia desses direitos não é uma usurpação inconstitucional de competências legislativas, mas algo que não apenas é permitido, mas também exigido pela Constituição. (ALEXY, 2015, p. 546)

Assim, os direitos fundamentais retiram da esfera do legislador uma parcela de competência que lhes seria pertinente, caso não existissem referidos direitos. A competência do legislador, portanto, abrange apenas aquilo que exorbita do conteúdo mínimo determinado pelos direitos fundamentais.

Os recursos angariados pelo Estado partem, pois, antes de uma perspectiva individual do que coletiva, ou seja, o poder de tributar envolve primeiro um grau mínimo de respeito aos direitos fundamentais individualmente considerados do que análise dos recursos que seriam necessários à garantia de direitos fundamentais sociais a todos os cidadãos. Cumpre esclarecer que tais direitos individuais podem consubstanciar-se tanto nas limitações constitucionais ao poder de tributar, quanto na proteção às liberdades individuais, tais como o direito de propriedade e à livre iniciativa.

Em razão disso, os recursos públicos são fadados à escassez. Ainda que se aloquem recursos em uma ou outra área ou que se aumente a arrecadação, fato é que o Estado dificilmente conseguirá atender integralmente às demandas dos cidadãos. É por isso que as escolhas na gestão da máquina estatal, são chamadas de “escolhas trágicas”<sup>121</sup>, pois sempre implicarão, em maior ou menor grau, em

---

<sup>121</sup> O termo foi originalmente cunhado por Guido Calabresi e Philip Bobbit, juristas da Universidade de Yale na obra *“Tragic Choices – The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources”*, W. W. Norton & Company, 1978. De maneira bastante sintética, indica que, em um

deixar outros direitos ou uma parcela de medidas que fomentem determinado direito em segundo plano. No entanto, devem ser feitas as escolhas que menos afetem os demais direitos envolvidos, ou seja, o resultado deve ser necessário, justificável em razão de outros direitos e, não, desejado. A escolha refletida no orçamento pode até vir a produzir certas injustiças individuais, mas, no todo, deve ser justa, na medida do possível<sup>122</sup>. Além disso, estas escolhas representam os valores do povo e, por isso, ele deve participar tanto por seus representantes, como de maneira direta, na elaboração das leis orçamentárias. Pode-se dizer que o orçamento público, ao definir a destinação dos recursos públicos, realiza uma ponderação *a priori* entre os direitos envolvidos e as medidas para sua realização. E é por isso que o orçamento é veiculado por meio de lei, de modo que, em última análise, deve refletir a vontade do povo.

Quando se está diante de uma demanda envolvendo questões tributárias, novamente entra em cena o argumento relativo aos custos de manutenção da máquina estatal e a necessidade arrecadatória sempre presente, como meio de custear diversos serviços, afigurando-se, inclusive, como instrumento de garantia dos direitos fundamentais sociais. Primeiramente, é de se ressaltar que certas consequências econômicas podem, sim, validamente, integrar a justificativa de uma decisão judicial tributária. No entanto, a argumentação consequencialista demanda justificativas aceitáveis. Do contrário, estar-se-ia criando uma regra de preferência a favor da Fazenda Pública<sup>123</sup>, o que ensejaria diversas violações individuais calcadas na necessidade de se atender ao “interesse público”. Não obstante, conforme demonstrado alhures, o interesse público pode ora residir na prevalência de

---

cenário de escassez de recursos, escolhas têm de ser feitas, o que gera um estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de implementar políticas públicas e a insuficiência de recursos. Assim, para o atendimento de uma necessidade, alguma outra terá de ser deixada em segundo plano. Os recursos públicos estão fadados à escassez, visto que não se tira dos cidadãos o necessário para cobrir todos os custos inerentes ao Estado, mas, antes o oposto: deve ser exigido dos cidadãos apenas aquilo que o Estado pode tirar sem lhe ferir os direitos fundamentais.

<sup>122</sup> Leonardo M. Flecker (1597, p; 1.608) destaca que, sob a perspectiva das decisões de alocação de recursos, não há identificação dos indivíduos; regras e equações impessoais são o que gera resultado: “At the level of allocation decisions there are no identified individuals; impersonal rules and impersonal equations are what generate results”. (tradução livre) O autor destaca, ainda, no que tange à participação social, que, se queremos um sistema de saúde justo, que nos dê suporte e que valha realmente aquilo que ele custa – e isso reflete nossas próprias concepções desses valores básicos -, assim nós (enquanto futuros pacientes, mas atuais contribuintes) teremos de assumir responsabilidades, fazendo escolhas e considerando o custo-benefício por e para nós mesmos.

<sup>123</sup> Assim como ocorre com a ideia de supremacia do interesse público sobre o privado, para aqueles que a reconhecem como algo válido.

interesses individuais, ora no atendimento aos direitos sociais, de modo que este argumento não se sustenta, em face das razões já expostas.

Presentes questões de índole financeira na decisão de inconstitucionalidade de uma lei tributária e seus efeitos temporais, então, apenas uma análise do caso concreto, com a avaliação dos direitos fundamentais (sociais e individuais) envolvidos é que torna possível encontrar uma decisão objetivamente justa, justificável.

Nada impede que a Fazenda Pública demonstre a dimensão do impacto financeiro de eventual decisão. Pode ocorrer deste impacto ser de tal modo nefasto, que impeça ou comprometa seriamente o cumprimento dos direitos sociais em seu patamar mínimo, na parcela que integra o “mínimo existencial”. No entanto, também do lado do contribuinte, as limitações constitucionais ao poder de tributar, enquanto direitos fundamentais, constituem aquilo que lhes é minimamente garantido pelo Estado<sup>124</sup>, em seus três poderes, de modo que a atuação do legislador, ao violar essas limitações, excedeu sua parcela de competência. Urge, portanto, que isso seja reconhecido pelo Estado-Juiz, a quem, quando demandado, incumbe garantir a proteção aos jurisdicionados.

Vale lembrar que a reserva do possível é, em sua dimensão fática, essencialmente ligada ao problema da escassez. E, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a princípio, a reserva do possível não pode ser oposta a efetivação dos direitos fundamentais, já que estes não são uma escolha do legislador; pelo contrário: vinculam-no. Desse modo, os direitos fundamentais são ligados à realização da dignidade humana, motivo pelo qual não podem ser limitados em razão da escassez, quando esta é fruto das escolhas do administrador. Por isso mesmo, afirma-se que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial. No entanto, se mesmo com a alocação dos recursos disponíveis no atendimento do mínimo existencial persistir a situação de carência orçamentária para atender a todas as demandas, estar-se-á diante de uma situação limítrofe, de real insuficiência orçamentária e, não, uma consequência advinda da escolha de atividades não prioritárias. Nestes casos extremos, está

---

<sup>124</sup> O Estado pode oferecer mais do que estabelecido pelo núcleo dos direitos fundamentais, mas, nunca, menos.

atendida a exigência da máxima efetividade da Constituição e também a ideia de otimização dos direitos fundamentais, considerado o contexto fático adjacente, de modo que não há omissão injustificável apta a embasar a intervenção do Poder Judiciário (BRASIL, STJ, 20009, REsp. nº 1.185.474/SC)<sup>125</sup>.

Desse modo, no que tange às decisões tributárias e o desenho de seus efeitos no tempo, por exemplo, se uma referida lei é feita em patente violação aos direitos fundamentais mínimos do cidadão, ou seja, se o legislador, na edição da lei, ultrapassou os limites da sua própria competência, a princípio, a esta decisão devem ser conferidos efeitos retroativos, de modo a possibilitar a devolução dos valores indevidamente recolhidos, tutelando, assim, a confiança legítima dos cidadãos no sistema, bem como seu direito de propriedade. A reserva do possível só pode ser suscitada quando concretamente demonstrada, de modo a caracterizar real insuficiência de recursos, não decorrente da atuação do administrador público. Ou seja, deve-se demonstrar, de forma matemática, inclusive a partir de perícias contábeis, a escassez orçamentária. Ademais, com relação às decisões envolvendo tributos, também é razoável a utilização de alguns parâmetros atinentes à própria natureza da espécie tributária<sup>126</sup>.

Faz-se mister repisar que também os direitos de defesa e os direitos de proteção acarretam custos para o Estado, a questão financeira não afeta apenas direitos sociais<sup>127</sup>. Dessarte, eventual devolução de quantias pelo Estado, ainda que comprometa, em certa medida, a realização de alguns direitos sociais, representa o custo inerente à proteção das garantias individuais, custo este computável pelo Poder Público na alocação orçamentária de recursos.

---

<sup>125</sup> Ver também: STF, RE: 581352 AM, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 24/09/2013, Data de Publicação: DJe-192 DIVULG 30/09/2013 PUBLIC 01/10/2013.

<sup>126</sup> Esses parâmetros podem ser melhor desenvolvidos em trabalhos futuros. Em linhas gerais, entendemos ser razoável exigir que haja uma correlação entre os serviços públicos que o Estado alega que restarão prejudicados e a espécie tributária em questão. Por exemplo, se a discussão diz respeito à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), cumpre alegar prejuízos relativos à atividade estatal para cujo custeio o tributo foi concebido, qual seja, a seguridade social. Por outro lado, se a espécie em discussão for um imposto, amplia-se o leque argumentativo da Fazenda. Cumpre, entretanto, salientar, que, apesar dos impostos não terem destinação específica, por certo, sua cobrança apenas se justifica em razão da atuação estatal, genericamente considerada.

<sup>127</sup> Neste sentido, ver: HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. The cost of rights: why liberties depends on taxes. New York: W.W. Norton Company, 2000. E-book Kindle.

Nesse esboço, Robert Alexy reconhece a existência de um princípio do uso racional dos recursos públicos, segundo o qual, os indivíduos não podem esperar que, para evitar intervenções em direitos fundamentais, os recursos públicos, em sua essência limitados, sejam utilizados para além da medida que a sociedade poderia razoavelmente esperar na ampliação de determinada atividade estatal (2015, p. 592-593). Fala, também, na existência de um “direito ao Estado”, um direito moral à proteção por um direito positivo estatal. O direito ao Estado é, na verdade, um direito ao Estado de Direito, cujos fins encontram-se insculpidos nos princípios protegidos pela Constituição – e, em especial, nos direitos fundamentais nela garantidos. Deste modo, em uma relação cíclica, voltamos à ideia de que o “excepcional interesse social” demanda a maior realização possível dos direitos fundamentais e permite, inclusive, que sejam considerados tanto a necessidade de se medir os custos envolvidos, quanto a importância do(s) outro(s) direito(s) fundamental(is) com ele colidente(s).

### **3.5 Da garantia constitucional de fundamentação das decisões judiciais**

Inegável que as decisões judiciais sofrem grande influência dos reflexos práticos que dela podem advir. Considerando-se a decisão de inconstitucionalidade, há de se destacar que uma de suas peculiaridades é necessidade de fundamentação qualificada, em especial por conta da existência de conceitos jurídicos indeterminados. No que tange aos efeitos temporais do *decisum*, ganha relevo a plasticidade dos conceitos jurídicos previstos no artigo 27 da Lei nº 9.868/99, o que, inclusive, torna possível a utilização dos mais diversos argumentos sob a alcunha de “segurança jurídica” e “excepcional interesse social”.

Destarte, afigura-se ônus do julgador explicitar as razões – incluindo aquelas razões práticas – que o levaram a decidir naquele sentido. Nessa toada, calha alertar que “não há nenhuma norma mais elevada ou ideia democrática que não possa ser usada com alguma técnica mais ou menos sofisticada pelo autoritarismo” (LUCIANO, 2013, p. 01).

Assim, em uma visão pragmática, salutar para a preservação da democracia legítima, pautada no controle social, que os debates realizados sejam feitos às



claras, que as verdadeiras razões ensejadoras das decisões judiciais sejam explicitamente evidenciadas e não continuem escondidas por detrás de “memoráveis” discursos defensivos dos princípios e valores insculpidos no texto constitucional. Como consabido, tal prática revela-se ainda mais necessária se considerada a amplitude conceitual dos princípios e valores, que podem servir para justificar toda e qualquer decisão. Para a construção de uma decisão judicial, não se pode depender apenas da qualidade e capacidade intelectual do aplicador do direito; para que ela tenha maior ou menor aceitação social, essas qualidades devem ser direcionadas a explicitar e justificar os reais motivos da decisão, e não a disfarçá-los.

É justamente por isso que Habermas (1997, p. 277-278) defende a necessidade de abertura da interpretação constitucional à sociedade, ao invés da crença em um juiz Hércules, tal qual concebido por Ronald Dworkin. Neste sentido, endossa as críticas formuladas F. Michelman, para quem o juiz Hércules é um solitário, pois falta diálogo, suas narrativas são monólogos, ele não encontra ninguém, nem nada o balança; ele não conversa com ninguém, a não ser livros. Mas Hércules é apenas um homem, afinal. E nenhum homem poderia ser assim. Desse modo, é justamente nesse cenário que uma teoria da argumentação assume o fardo das exigências até agora atribuídas ao juiz Hércules.

A garantia de fundamentação das decisões judiciais, insculpida no artigo 93, IX da Constituição Federal<sup>128</sup>, é um consectário lógico da garantia do devido processo legal e decorrência do próprio Estado de Direito (MOREIRA, 1988, p. 88-90). Os fundamentos da decisão são componentes que nos permitem aferir a legitimidade constitucional e democrática dos pronunciamentos jurisdicionais (CÂMARA, 2015, p. 276).

Eros Roberto Grau (2006, item XIV) destaca que a interpretação – e, por conseguinte, a própria aplicação - do direito é uma prudência, e que a norma não é objeto de demonstração, mas de justificação. A alternativa verdadeiro/falso é

---

<sup>128</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

estranha ao direito, pois, no sistema jurídico existe apenas o *aceitável*, o *justificável*. O sentido daquilo que é justo sempre comporta mais de uma decisão.

Em razão da importância do preceito e de seu corriqueiro menoscabo na prática jurídica brasileira, o artigo 489, § 1º do Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015) buscou delinear de modo mais concreto e preciso os requisitos de uma decisão fundamentada, de modo que “densificou (preencheu, complementou e precisou) o espaço normativo do art. 93, IX da Constituição Federal, contribuindo e tornando possível a solução de problemas concretos no que diz respeito à adequada fundamentação das decisões judiciais” (DAL’COL, 2016, p. 91).

O artigo 11, também do Código de Processo Civil de 2015, estabelece que os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário devem ser públicos e fundamentados, sob pena de nulidade. Importante, ainda, salientar que, o legislador, no artigo 489, § 1º, pretendendo traçar as balizas para uma decisão devidamente fundamentada, na verdade, elencou exemplificativamente hipóteses em que *não* se consideram fundamentadas as decisões judiciais.

Dentre outras hipóteses, os incisos I, II e III preveem respectivamente, que não são considerados fundamentados os pronunciamentos que se limitarem à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida, as decisões que empregarem conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso, bem como aquelas que invocarem motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão.

Desse modo, resta evidente que não basta que o julgador invoque, genericamente, razões de “segurança jurídica” ou “excepcional interesse social”, ou que apenas suscite o artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, para que a decisão seja considerada fundamentada. Ele deve demonstrar, clara e suficientemente, as circunstâncias que justificam a aplicação. Alexandre Freitas Câmara (2015, p. 277) alerta que os conceitos jurídicos indeterminados caracterizam-se justamente por uma imprecisão semântica que apenas pode ser delineada na hipótese concretamente considerada,

não se pode determinar aprioristicamente quais seriam as situações enquadráveis nessa fórmula. Nesse sentido, calha observar que:

A existência de enunciados que contenham conceitos indeterminados ou que constituam cláusulas gerais<sup>129</sup> exige redobrada atenção do julgador no momento de motivar a sua decisão. Não basta que transcreva o enunciado, afirmando que ele se aplica ao caso concreto – aliás, conforme visto linhas atrás, isso não basta nem mesmo quando se tem enunciado composto de termos determinados ou mais facilmente determináveis (art. 489, § 1º, I) Espera-se que o juiz enfrente a abertura do texto, determinando o seu conteúdo no caso concreto. (DIDIER JR. *et. al. In CABRAL et. al.*, 2015, p. 713).

Em síntese, o juiz não deve servir-se dos conceitos jurídicos indeterminados para decidir conforme a sua vontade, ou suas convicções pessoais, porque isso seria sinônimo de arbitrariedade (STRECK *in* STRECK *et. al.*, p. 683; ALVIM, 2014, p. 1133). E a exigência de motivação das decisões judiciais vem justamente como forma de tornar claro o raciocínio traçado pelo julgador na solução do caso, de modo a afastar o arbítrio de suas decisões.

O dever de fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais tem ligação intrínseca com a necessidade de racionalidade e controlabilidade. É, na verdade, uma faceta do próprio dever de publicidade das decisões judiciais, que exige que os pronunciamentos sejam também compreensíveis, para que sejam acessíveis. Implica em uma decisão que “atenda aos requisitos de validade de uma argumentação prática, isto é, a congruência, a coerência, o emprego adequado da linguagem comum e jurídica, a observância de regras de inferência etc.” (DIDIER JR. *et. al. In CABRAL et. al.*, 2015, p. 707). A compreensão das razões que fundamentaram justificadamente a decisão do magistrado é fator que contribui para

<sup>129</sup> Acerca de distinção entre conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveria e Paula Sarno Braga (*In CABRAL et. al.*, 2015, p. 713) explicam que: “A indeterminação do texto normativo pode ater-se apenas aos conceitos e termos que compõem a hipótese fática abstratamente prevista (ou hipótese de incidência), ou pode ir além, atingindo também a consequência jurídica da incidência normativa. Quando isso acontece, temos as chamadas *cláusulas gerais*.”

*Cláusula geral* é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Ela se caracteriza por apresentar um grau de indeterminação *maior* que o texto normativo que contém apenas conceitos indeterminados. Isso porque ela, além dos conceitos vagos que compõem a sua hipótese de incidência, é indeterminada também quanto à consequência jurídica da própria incidência. .

Em outras palavras, no enunciado que contém conceito indeterminado, só há escolha de conteúdo (sentido) a ser atribuído ao termo vago; nas cláusulas gerais, há discricionariedade e poder de escolha não apenas de conteúdo (sentido a ser atribuído aos termos vagos que a compõem) como também de efeitos”. Também neste sentido, ver: Daniel Mitidiero (2012. p. 68)

a própria estabilidade e confiabilidade da ordem jurídica, na medida em que (i) torna mais provável a conformação das partes com o provimento jurisdicional, ainda que lhe sejam contrários, (ii) possibilita a efetiva revisão da decisão pelas instâncias superiores, e (iii) faz com que os cidadãos em geral depositem maior confiança na solução apresentada pelos operadores no direito.

Nessa senda, Fredie Didier (2012, p. 05) destaca uma dupla função da fundamentação: há uma função endoprocessual e uma exo ou extraprocessual. Na primeira delas, o foco é nas partes processuais que, ao conhecerem as razões que motivaram o magistrado a decidir de tal maneira, podem exercer seu direito de defesa da maneira mais ampla possível. Além disso, aos julgadores das demais instâncias, é possível visualizar o processo decisório dos juízes das instâncias primárias, e, assim, podem tomar posição, concordando ou divergindo do posicionamento inicialmente exarado, também de maneira igualmente fundamentada. Com relação à função exoprocessual (ou extraprocessual), o objeto da análise da relevância da devida motivação das decisões se desloca para terceiros, não abrangidos na relação processual. Desse modo, a fundamentação legitima a resolução tomada pelo magistrado, na medida em que o poder de “dizer o direito” é atribuído aos intérpretes autorizados, mas exercido em nome do povo. É justamente neste sentido que Daniel Mitidiero (2012) destaca a ambivalência do dever de fundamentação: existe uma fundamentação direcionada à solução do caso levado à apreciação e outro discurso, este voltado para a formação do precedente judicial, dirigido essencialmente à coletividade.

Com relação à segunda função, chamada de extraprocessual, Michele Taruffo (2015, p. 21-23) destaca ser uma garantia fundamental da administração da justiça, inerente ao Estado Democrático moderno. E ressalta:

Essa segunda função é estreitamente conexa com o conceito democrático do exercício de poder, segundo o qual quem exercita um poder deve justificar o modo pelo qual o faz, submetendo-se, portanto, a um controle externo difuso das razões pelas quais o exercitou daquele determinado modo. Nesse sentido, o dever de motivação constitucionalmente garantido assume um valor político fundamental: é o instrumento por meio do qual a sociedade se coloca em condições de conhecer e de analisar as razões pelas quais o poder jurisdicional é exercitado, de modo determinado, no caso concreto. Trata-se de um valor político em si, já que o controle do exercício do poder é a base da soberania da sociedade, que assim é posta

em condições de exercê-lo. Trata-se também de um valor político instrumental, já que através do controle sobre a motivação é possível verificar se outros princípios fundamentais foram realizados, como o da legalidade e o da imparcialidade na administração da justiça, típicos do moderno Estado de Direito.

[...]

De qualquer forma, e malgrado as dificuldades, parece evidente que existe uma conexão direta entre o dever de motivação e o caráter democrático do sistema político e do sistema jurisdicional.

É justamente nesse cenário, do exercício democrático de poder, que exsurge relevante a necessidade de participação social na formação da convicção dos magistrados, o que toma proporções ainda maiores no controle abstrato de constitucionalidade, visto que as decisões têm aptidão de, desde logo, vincular diretamente toda a população.

### **3.6 Da necessidade de controle social**

Inegável que, como instrumento de pacificação social, o Direito não atua de maneira descolada da realidade. O Direito Tributário, por sua vez, é ferramenta de financiamento do aparato estatal e, igualmente, não há como dissociá-lo de seu papel na organização e manutenção do Estado, que constitui a própria razão de ser desta forma de intervenção do Estado na propriedade privada.

Desse modo, tem-se claro que a mensuração dos efeitos práticos das decisões jurídicas é elemento sempre presente na prática judiciária. E assim deve ser, na medida em que decisões inviáveis na realidade prática apenas geram descrédito do Poder Judiciário.

Vale destacar que as consequências relevantes em face das quais a decisão deve ser justificada são as consequências lógicas vinculadas ao princípio da universalidade (PISCITELLI, 2011, p. 24), ou seja, são válidas as decisões judiciais que se revelam aptas a produzir um resultado válido, aceitável, quando estendidas para todas as pessoas (MACCORMICK, 2005, p. 103).

Em especial nos casos tributários, em que a decisão de inconstitucionalidade afeta diretamente os recursos públicos, torna-se imprescindível uma percuciente análise dos efeitos da decisão, para que o remédio não se transmude em veneno. Não se

está a dizer – muito pelo contrário – que haveria de se legitimar violação aos direitos individuais dos contribuintes em prol de um ultrapassado conceito de interesse público. No entanto, é essencial que o processo decisório seja aberto para a sociedade, em especial para os setores representantes das camadas sociais mais afetadas. Busca-se, com isso, mensurar os efeitos da decisão, a fim de se construir uma apurada análise, que possibilite aferir a necessidade de proteção dos valores tutelados, o grau de sacrifícios envolvido e, assim, torna viável o sopesamento, visando encontrar a solução mais adequada.

No processo de discussão da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, os juízes constitucionais devem lançar mão de todos os instrumentos que se encontram a sua disposição para ampliar a participação social, privilegiando o contraditório efetivo e utilizando-se de mecanismos tais como uma análise de contingenciamento feita por profissionais qualificados, perícia contábil e participação de *amicus curiae*, realização de audiências públicas – sendo, assim, possível, efetivamente vislumbrar as consequências do provimento jurisdicional a justificar a eficácia temporal conferida à decisão.

A jurisdição constitucional, por certo, engendra decisões de natureza mista, jurídica e política. Tendo em vista a natureza objetiva do processo, há de se destacar que não há uma lide, um conflito de interesses a ser resolvido. Desse modo, a solução perseguida não precisa, e nem é recomendável que o seja, inserir-se nos moldes das decisões “comuns”. Ou seja, não há necessidade de se proclamar um perdedor e um vencedor, nem que os julgadores se atenham aos pedidos da inicial. O que se deseja é a construção daquela solução que otimiza todos os interesses envolvidos, visando à garantir a máxima eficiência das políticas públicas e a efetivação dos direitos fundamentais.

Como se não bastasse, ao garantir maior grau de participação social, estar-se-á privilegiando o princípio democrático e o princípio da separação de poderes, elemento fundante do Estado Democrático de Direito e a legitimidade da decisão.

Nesse sentido, fomenta-se o desenvolvimento de “novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da

Constituição” (HÄBERLE, 1997, p.48), conferindo, assim, maior legitimidade à decisão: “Na democracia, o bem comum é uma construção coletiva e, por natureza, includente. Quanto mais pessoas fazem parte da decisão, mais ela se legitima.” (SEMER, 2013).

Peter Häberle (1997) chama a atenção para a necessidade de se expandir o círculo dos intérpretes da Constituição. Conforme já tratado no tópico 1.2, a interpretação é um processo aberto, “não é um processo de submissão, nem se confunde com recepção de uma ordem” (MENDES *in* CLÈVE *et. al.*, 2011, p. 259). Há muito, os estudiosos do Direito e da hermenêutica jurídica já superaram a pretensa visão do juiz, do aplicador do Direito, como “boca da lei” <sup>130</sup>. Tornou-se forçoso reconhecer que o processo interpretativo conhece diferentes possibilidades e alternativas, que a interpretação é um processo plural e complexo, que fica acentuado no caso da interpretação constitucional, em razão da maior abertura semântica ínsita a seu texto.

A necessidade de ampliação do espectro de intérpretes da Constituição é apenas consequência da demanda de integração do processo interpretativo na realidade social. A norma não é uma decisão prévia, simples e acabada (MENDES *in* CLÈVE *et. al.*, 2011, p. 259); é, na verdade, a significação construída pelo intérprete, a partir do texto legal e, como tal, traz consigo numerosas experiências e pré-concepções do sujeito. Não existe norma, senão norma jurídica interpretada.

Nesse contexto, convém-se que o texto legal tem como destinatários diretos a própria população em geral e “quem vive a norma acaba por interpretá-la” (HÄBERLE, 1997, p. 12), de modo que, na posição que precede a interpretação promovida pelos magistrados, os destinatários dos enunciados prescritivos participam corriqueiramente de maneira ativa no processo interpretativo.

Com base nestas considerações, importa trazer à balha a noção de *law in public action*, ou seja, a compreensão de que a sociedade livre apenas é aberta na medida

---

<sup>130</sup> A expressão “bouche de la loi” (‘boca da lei’) foi cunhada por Charles-Louis de Montesquieu (1689-1755) e muito utilizada na França após a Revolução Francesa (1789). Dizia-se, então, que os juízes deveriam apenas aplicar, da forma mais mecânica possível, as leis editadas pelo Legislativo, exprimindo tão somente a vontade da própria lei.

em que se amplia o círculo dos intérpretes da Constituição em sentido lato. O processo deve ser tanto mais aberto quanto pluralista for a sociedade, revelando uma Constituição efetivada para e pela sociedade. O direito processual constitucional, então, destaca-se como integrante do direito de participação democrática.

O atendimento do interesse público demanda participação social, e os métodos de interpretação transformam-se, na verdade, em filtros para a força normatizadora da publicidade, que disciplinam e canalizam as influências sociais. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal atua como mediador das forças sociais, como fator de estabilização. Além disso, no que tange ao controle de constitucionalidade, ele é defendido como instrumento necessário para a clareza e coerência do Direito. Quase todas as decisões do Tribunal Constitucional são sobre princípios, e, assim, demandam justificação externa, razão pela qual se tornam permeáveis a valores morais e pré-compreensões pessoais, ou seja, ultrapassam o texto da lei. Neste cenário, revela-se ainda mais essencial a interação entre o Poder Judiciário e a sociedade, de modo a conferir maior legitimidade e efetividade aos pronunciamentos.

No controle abstrato de uma lei ou ato normativo, o real objeto do controle, conforme já salientado, é a norma, ou seja, a significação construída a partir do suporte físico positivado no sistema. Envolve, assim, uma necessária análise da relação entre a lei e o problema empiricamente enfrentado. E a verificação dos fatos, além da participação dos membros da sociedade, carece também de análise de dados estatísticos e provas periciais<sup>131</sup>, com o fito de alicerçar as decisões em uma experiência aferível empiricamente e em verificações de índole fática.

Jürgen Habermas (1997, p. 343-456) salienta, ademais, que a formação democrática da vontade não tira sua força legitimadora da convergência preliminar de convicções éticas consuetudinárias, mas, sim, de pressupostos de comunicação e procedimentos, que permitem que, no curso do processo deliberativo, venham à

---

<sup>131</sup> Neste ponto, vale advertir que o próprio sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, já confere abertura e instrumentos para que a decisão se dê de acordo com estatísticas e dados técnicos, como se observa, *exempli gratia*, do artigo 9º, da Lei nº 9.868/99.



tona os melhores argumentos. Nesse sentido, vale destacar que a Corte Constitucional não deve ser vista como representante da abstenção do povo em se autogovernar, mas sim, como a expressão da vontade dos cidadãos<sup>132</sup>, sem que se deixem de lado os instrumentos de defesa das minorias. A participação popular não deve ser algo reservado a um estado de exceção, mas parte de uma política deliberativa.

Torna-se, pois, não só patente, como também necessária, uma nova mudança no paradigma da ordem jurídica. A visão que privilegiava o legislador foi gradativamente sendo substituída por uma valorização do Poder Judiciário. No entanto, a supervalorização de qualquer um dos três poderes, gera desequilíbrios do sistema de freios e contrapesos. Por isso, salutar o reconhecimento da participação popular como paradigma atual dos sistemas jurídicos<sup>133</sup>, tendo em vista que o Direito é, na verdade, um meio para a auto-organização jurídica de uma comunidade, em um ambiente social e sob determinadas condições históricas. Se o poder do Estado, pelo direito, não estiver apoiado no poder comunicativo normatizador, a fonte de legitimidade do direito secará (HABERMAS, 1997, p. 185-191).

### 3.6.1 MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL TRAZIDOS PELO CPC/2015

O Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015) consagra o princípio da cooperação ou da colaboração processual, que contempla o princípio do

<sup>132</sup> Calha aqui transcrever a reflexão trazida por Frank I. Michelman (1999, p. 1620): “No doubt the prevailing constitutional-democratic ideal does accept a large amount of rule pro tanto by legislative, administrative, and judicial officers, operating within schemes of representative government. What the ideal tests, in the end, are the constitutive or fundamental laws of a country—the laws, that is, that fix the country’s constitutional essentials. There is, however, an ambiguity in the ideal. Does it refer to authorship of a country’s fundamental laws by its inhabitants collectively, as one agent (‘the people’), or by them severally as contributing individuals?”

<sup>133</sup> Entendemos ser desejável e necessária a participação popular em todo o processo de tomada de decisão do Estado, e isso inclui não apenas as decisões do Poder Judiciário, como, em especial, as decisões tomadas pelo Poder Legislativo, porque é especialmente por meio de leis – com destaque para as leis orçamentárias – que é definida a política de atuação estatal, que deve refletir aqueles valores mais importantes para a sociedade. O Poder Legislativo, concebido para representar a vontade do povo, vem, cada vez mais, distanciando-se de sua função justificadora. Ana Paula de Barcellos, em sua obra “Direitos fundamentais à justificativa: devido processo na elaboração normativa” (2016) aborda a questão da valorização do devido processo legislativo como forma de resgatar a necessidade do reconhecimento da importância de um processo legislativo hígido na proteção dos direitos fundamentais. A existência de um mecanismo de controle dos atos do legislativo, como é o controle de constitucionalidade, não autoriza, entretanto, que o Legislativo, conscientemente, atue fora da moldura da competência constitucional que lhe foi atribuída – essa tomada de consciência, por todos os atores do processo político pátrio é que é necessária.

contraditório em sua forma mais ampla. Segundo este princípio, o processo é o produto da atividade cooperativa triangular entre as partes e o magistrado. O processo, na concepção processual moderna, é um instrumento de efetivação do direito material tutelado – e, assim, de persecução do interesse público.

A própria noção da garantia fundamental ao contraditório passou por uma releitura, tendo ampliado notadamente o grau de participação democrática no processo. A aplicação do ordenamento jurídico pelo magistrado deve pautar-se no atendimento dos fins sociais e exigências do bem comum – é o que prevê o artigo 8º do Código de Processo Civil. E isso pressupõe a participação dos próprios jurisdicionados no processo decisório.

Com relação à mudança de paradigma sofrida pelo direito processual com relação à abrangência do direito ao contraditório, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero explicam (2015, p. 445):

Bastava ao órgão jurisdicional, para ter considerada como motivada sua decisão, demonstrar quais as razões que fundavam o dispositivo. Bastava a não contradição entre as proposições constantes da sentença. Partia-se de um critério intrínseco para aferição da completude do dever de motivação. Ocorre que entendimento dessa ordem encontra-se em total descompasso com a nova visão a respeito do direito ao contraditório. Se contraditório significa direito de influir (arts. 7º, 9º e 10), é pouco mais do que evidente que tem de ter como contrapartida dever de debate – dever de consulta, de diálogo, de consideração. Como é de fácil intuição, não é possível aferir se a influência foi efetiva se não há dever judicial de rebate aos fundamentos levantados pelas partes. Daí a razão pela qual não basta o critério da não contradição: além de não ser contraditória, a fundamentação tem a sua completude pautada também por um critério extrínseco – a consideração pelos argumentos desenvolvidos pelas partes em suas manifestações processuais.

Assim, nota-se que o princípio do contraditório, em razão de seus mais robustos contornos exige, para sua concretização, que todos aqueles afetados pelo processo tenham não somente o direito de se manifestar, mas o direito de serem efetivamente ouvidos. Abrange, ainda, o direito de pode influir ativamente na formação do juízo de convencimento da autoridade responsável pela decisão<sup>134</sup>.

<sup>134</sup> Independente do nome que se pretenda dar a esta nova fase processual, fato é que houve uma transformação no paradigma do Direito Processual Brasileiro. Nesse sentido, cumpre transcrever as palavras de Fredie Didier (2010, p. 263): “Parece mais adequado, porém, considerar a fase atual como uma quarta fase da evolução do direito processual. Não obstante mantidas as conquistas do processualismo e do instrumentalismo, a ciência teve de avançar, e avançou. Fala-se, então, de um

Por certo, na complexa sociedade atual, o procedimento é um importante indicador da legitimidade da solução encontrada. E, como meio de instrumentalização da democracia, é importante que façam parte da tomada de decisão os mais diversos setores da sociedade.

Não é por outro motivo que o Código de Processo Civil listou, dentre as intervenções de terceiro, a figura do *amicus curiae*<sup>135</sup>, estendendo à jurisdição comum a figura até então reservada aos processos de fiscalização abstrata de constitucionalidade. O amigo da Corte intervém no processo, não para, direta e imediatamente, tutelar um direito ou resistir a uma pretensão, mas, sim, para auxiliar os aplicadores do Direito na construção de uma decisão mais consentânea com o contexto fático em que esta se insere.

A Ministra Cármen Lúcia, tecendo analogia a partir da crônica de Fernando Sabino, intitulada “Deixa o Alfredo falar”, observa, acertadamente, que o Poder Judiciário, na solução das demandas, tem de dar voz ao cidadão e à sociedade: “O cidadão quer ser ouvido pelo Judiciário”<sup>136</sup>. Cláudio Penedo Madureira, completa: “Deixe o

---

Neoprocessualismo o estudo e a aplicação do Direito Processual de acordo com esse novo modelo de repertório teórico. Já há significativa bibliografia nacional que adota essa linha. (...) Na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil), sob a liderança de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, costuma-se denominar esta fase do desenvolvimento do direito processual de formalismo-valorativo, exatamente para destacar a importância que se deve dar aos valores constitucionalmente protegidos na pauta de direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual. As premissas deste pensamento são exatamente as mesmas do chamado Neoprocessualismo, que, aliás, já foi considerado um formalismo ético, na feliz expressão de Rodriguez Uribes. Embora seja correto afirmar que se trate de uma construção teórica que nasce no contexto histórico do Neoconstitucionalismo, o formalismo-valorativo pauta-se, também, no reforço dos aspectos éticos do processo, com especial destaque para a afirmação do princípio da cooperação (examinado no capítulo sobre os princípios do processo), que é decorrência dos princípios do devido processo legal e da boa-fé processual. Agrega-se, aqui, o aspecto da moralidade, tão caro a boa parte dos pensadores ‘neoconstitucionalistas’”.

<sup>135</sup> Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

<sup>136</sup> Entrevista concedida ao programa televisivo “Roda Viva” (TV Cultura) no dia 17/10/2016 (fonte verbal).

Alfredo falar e considere o que ele disse quando for proferir a sentença!” (fonte verbal). Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara (2015, p. 275) recorda que “um dos elementos formadores do contraditório é o *direito de ver argumentos considerados* (que a doutrina alemã chama de *Recht auf Berücksichtigung*)”. Por isso mesmo, é salutar o dever de fundamentação das decisões judiciais seja também entendido como um direito, por parte do jurisdicionado, de que os provimentos sejam *substancialmente* fundamentados, concretizando o direito ao contraditório efetivo.

A necessidade de participação social faz-se ainda mais presente no âmbito da jurisdição constitucional, pedra de toque entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. A transparência e a definição de limites nessa delicada interseção é uma garantia de efetivação do Estado Democrático de Direito.

### 3.6.2 MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL DA LEI Nº 9.868/99

O rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, apesar de bastante amplo, afasta, *contrariu sensu*, a legitimidade ativa dos cidadãos comuns, ainda que reunidos em grande número.

A afirmativa acima trazida não significa, contudo, a exclusão da participação popular no processo de análise da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Neste íterim, avulta-se o caráter contramajoritário insito ao controle de constitucionalidade, em que se reconhece a competência de juízes não eleitos para anular atos dos legisladores, representantes do povo por essência, é necessária e saudável a participação popular no processo. Ademais, o controle da constitucionalidade de uma lei, além de guardar uma necessária correlação com o princípio democrático, muitas vezes, envolve um juízo de prognose e, nesse sentido, “quanto mais pesada” e “quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia” (ALEXY, 2015, p. 617-618)<sup>137</sup>.

---

<sup>137</sup> Alexy (2015, 616-618) explica que ambas são variações da mesma fórmula, que podem ser mais ou menos adequadas a depender das circunstâncias, e constituem a chamada “lei epistêmica do sopesamento” que, em conjunto com a “lei material do sopesamento” (“Quanto maior for o grau de

A Lei nº 9.868/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, assim, prevê, em seu artigo 7º, § 1º <sup>138</sup>, que, considerada a relevância da matéria, bem como a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir a manifestação de outros órgãos e entidades. Referidos organismos devem auxiliar os magistrados no esclarecimento da matéria, que, por vezes, envolve um alto grau de conhecimento em matérias alheias à ciência e ao sistema jurídicos. Ao ingressarem no processo, são chamados de *amici curiae*, os amigos da Corte.

Na medida cautelar proferida nos autos da ADI nº 2.130/SC, o Ministro Celso de Mello salientou, inclusive, que a participação do *amicus curiae* no processo objetivo de controle de constitucionalidade tem o condão de pluralizar o debate constitucional, constituindo um fator de legitimação social das decisões da Corte Maior<sup>139</sup>. A possibilidade de participação formal de órgãos ou entidades representativos dos valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais fomenta a proteção ao princípio democrático, elemento especialmente importante no caso da jurisdição constitucional.

O artigo 7º, *caput*, da Lei nº 9.868/1999 veda a intervenção de terceiros, trazendo, em seu § 2º, a exceção com relação ao *amicus curiae*. A vedação do *caput* decorre da ideia de que, em se tratando de um processo de fiscalização abstrata, de natureza objetiva, pois, não caberia a discussão de interesses e situações individuais<sup>140</sup>. Não obstante, não se pode negar que o objeto das ações de controle

---

não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.”), torna possível avaliar tanto os elementos materiais, quanto os epistêmicos, no que tange às razões para a intervenção.

<sup>138</sup> Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 1º (VETADO)

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

<sup>139</sup> Ver também: BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, jan./fev./mar./2005.

<sup>140</sup> Neste sentido: PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade – conceitos, sistemas e efeitos*, 2ª ed., rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais (RT), p. 192/193. VELOSO, Zeno.

concentrado de constitucionalidade é ainda maior do que nos casos em que se discutem uma ou algumas relações jurídicas<sup>141</sup>, Por esta razão, é recomendável que os grupos de cidadãos diretamente afetados pelo pronunciamento possam se fazer representar na Corte e influir efetivamente na decisão<sup>142</sup>.

Além disso, havendo necessidade de esclarecimento de matéria ou de circunstância de fato, ou, ainda, sendo insuficientes as informações, reserva-se ao relator o direito de requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para emitir parecer sobre a questão. Pode o relator, ainda, fixar data para ouvir, em audiência pública, depoimento de pessoas com experiência e autoridade na matéria<sup>143</sup>. A realização de audiências públicas, assim como ocorre com a previsão de participação dos *amici curiae*, amplia a legitimação do pronunciamento jurisdicional em face do paradoxo democrático ínsito à jurisdição constitucional e confere substrato fático para que o Tribunal Constitucional meça os possíveis impactos positivos e negativos de suas decisões, sendo-lhe possível optar pela solução que melhor realiza a vontade constitucional amplamente considerada.

---

*Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, 3ª ed./ 2ª tir./ rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 89.

<sup>141</sup> Cássio Scarpinella Bueno (2003, p. 204) explica que se trata, inclusive, de um interesse metaindividual, compartilhado por todos aqueles a quem o novo regime jurídico atingirá: "O que enseja a intervenção desse 'terceiro' em processo alheio é a circunstância de ser ele, de acordo com o direito material, um legítimo portador de um 'interesse institucional', assim entendido aquele interesse que ultrapassa a esfera jurídica de um indivíduo e que, por isso mesmo, é um interesse metaindividual. Um tal 'interesse institucional' autoriza o ingresso do *amicus curiae* em processo alheio para que a decisão a ser proferida pelo magistrado leve adequada e suficientemente em consideração as informações disponíveis sobre os impactos e os contornos do que lhe foi apresentado para discussão. Nesse sentido, não há como negar ao *amicus curiae* uma função de legitimação da própria prestação da tutela jurisdicional, quando portador de vozes da sociedade e do próprio Estado que, sem sua intervenção, não seriam ouvidas ou se o fossem o seriam de maneira insuficiente pelo juiz"

<sup>142</sup> Inocência Mártires Coelho (2004, p. 14) destaca a importância do *amicus curiae*: "Admitida, pela forma indicada, a presença do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, não apenas se reitera a impessoalidade da questão constitucional, como também se evidencia que o deslinde desse tipo de controvérsia interessa objetivamente a todos os indivíduos e grupos sociais, até porque, ao esclarecer o sentido da Carta Política, as Cortes constitucionais, de certa maneira, acabam reescrevendo as constituições".

<sup>143</sup> Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Outro ponto interessante é a possibilidade do relator solicitar informações aos Tribunais Superiores, Federais e Estaduais a respeito da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição. No presente trabalho, sustenta-se que a existência da chamada “controvérsia judicial relevante”, requisito de admissibilidade das ações declaratórias de constitucionalidade previsto no artigo 14, inciso III da Lei nº 9.868/1999 pode ser um parâmetro a indicar a se haveria ou não legítimas expectativas a serem tuteladas no período que antecedeu a decisão de inconstitucionalidade. Nesse contexto, a previsão contida no artigo 9º, § 2º ora referida assume especial relevância.

.

#### 4 DA PONDERAÇÃO A SER APLICADA NA FIXAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DAS DECISÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE – UMA TENTATIVA DE RACIONALIZAÇÃO

Nota-se, pois, da argumentação até aqui tecida, que a fixação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade no tempo advém da concretização da própria Constituição, da otimização dos valores por ela consagrados, ou seja, de sua aplicação, na maior medida possível.

Salta aos olhos, portanto, que, não há como se optar por uma solução estanque quanto ao alcance temporal da decisão acerca da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo que corresponda suficientemente à abrangência da tutela constitucional, visto que a questão envolve, na grande maioria das vezes, justamente o sopesamento de direitos fundamentais, aos quais a Constituição Federal, abstratamente, conferiu o mesmo grau de proteção no sistema.

Em muitos casos, o próprio ordenamento, à luz da máxima da proporcionalidade, demanda maleabilidade do alcance da declaração de inconstitucionalidade. A atribuição de eficácia *ex nunc*, *ex tunc* ou mesmo a fixação de um marco temporal no passado ou no futuro resulta do próprio sistema jurídico-constitucional, e não de uma determinação autônoma, puramente discricionária, do Tribunal Constitucional (MEDEIROS, 1999, p. 729-730).

Quanto ao tema, importa ressaltar que as soluções rígidas – tais como a definição de que, em matéria tributária, a decisão de inconstitucionalidade somente poderia retroagir para beneficiar o contribuinte ou a de que ela sempre produzirá efeitos *ex tunc*, não importando o quão nefastas as consequências que a decisão causar – ou reducionistas podem, em um primeiro momento, até fazer sentido no plano teórico, mas não se revelam passíveis de aplicação prática. Isso porque o Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, deve, sim, preocupar-se com a viabilidade de suas decisões, tendo sempre em vista, como fim último, a máxima efetividade da Constituição. De nada adianta aplicar uma solução estanque, previamente definida, se esta tiver o condão de, caso efetivada, atentar justamente contra aquilo que ensejou a sua criação. Não se pode deixar que o próprio remédio, aplicado na



prática, se transforme em veneno, trazendo males mais severos do que aqueles que se propôs curar. Isso fomentaria a descrença dos jurisdicionados; ameaçaria a autoridade da própria ordem jurídica, sua aceitação e obediência pelos cidadãos.

Assim, a definição acerca dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, justamente por envolver, em sua essência, o conflito de direitos fundamentais com caráter de princípio, traz em si ínsito certo grau de discricionariedade. Com isso, não se quer dizer que a inexistência de uma regra fixa quanto aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade significa uma carta branca para o Tribunal decidir a seu bel-prazer, mas, sim, que ele não atua descolado da realidade e, assim sendo, deve optar pela solução que realize a ideia de máxima efetividade da Constituição, amplamente considerada.

A fixação de marcos temporais distintos a depender das circunstâncias fáticas adjacentes à discussão jurídica – aqui, há de se destacar que até mesmo no controle abstrato, apesar de não haver um caso concreto, há, inegavelmente, um contexto fático subjacente, que deve ser considerado – aumenta o ônus argumentativo, tanto das partes, quanto dos julgadores, que devem justificar objetiva e racionalmente a solução adotada. Neste ponto, deve-se observar que, muito embora não haja um caso concreto a ser decidido, o impacto prático da decisão em sede de fiscalização abstrata é ainda maior, tendo em vista que a tão só decisão do Supremo Tribunal Federal produz efeitos *erga omnes*, irradiando seus efeitos para toda a sociedade. Em assim sendo, o contexto fático a ser considerado na tomada de decisão é inegavelmente mais amplo que no controle concreto.

Noutro giro, quanto aos possíveis direitos que seriam passíveis de colisão, calha salientar que, em razão da riqueza da vida e da crescente complexidade das sociedades contemporâneas, há uma ampla gama de possibilidades, sendo impossível elencar de modo estanque todos os princípios que podem colidir, em se tratando da fixação dos efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade. No entanto, podemos antever alguns princípios que normalmente estarão envolvidos na colisão, como é o caso da segurança jurídica, da igualdade e também aquilo que Robert Alexy denomina de direito ao Estado, que pode abranger ações estatais que fomentem direitos sociais, quanto as que garantam direitos de liberdade,

assegurando a liberdade fática dos indivíduos, que, repita-se, também implicam em inegáveis custos para o Estado<sup>144</sup>.

Os tributos são a forma clássica de financiamento do Estado. Aliás, a exigência de tributos, que é uma forma de intervenção do Poder Público na sociedade, apenas se justifica na medida em que há realmente um Estado organizado, que, em contrapartida à exação tributária, deve, também, garantir certos serviços aos cidadãos – embora o leque de incumbências estatais possa variar de uma forma de Estado para outra e até mesmo de uma nação para a outra, essa é, em síntese, a fórmula geral. Pode-se, então, dizer pagamento de tributos está diretamente relacionado com o atendimento de direitos fundamentais:

Nesse sentido, existe um direito ao Estado, mais sucintamente, um direito moral ao direito positivo. [...] O dever de pagar impostos, porém, intervém em direitos fundamentais. Duvidoso é somente quais são eles: o direito de propriedade ou a liberdade de ação geral. Como o Estado nunca cobra impostos somente para a finalidade do cumprimento de postulados estatal-sociais, não é conveniente aduzir diretamente os direitos fundamentais sociais para a justificação dessa intervenção. Antes, a cobrança de impostos serve diretamente só à produção da capacidade de ação financeira do Estado. A capacidade de ação financeira do Estado é, em termos genéricos, um pressuposto de sua capacidade de ação. O Estado social pede que ela seja consideravelmente ampliada. (ALEXY, 1999, p. 72)

Cumprir destacar a atividade que a Corte realiza ao definir os efeitos temporais de suas decisões é a de ponderação de princípios, o que é inerente às Cortes Constitucionais do mundo inteiro, e da própria atividade jurisdicional. É relevante salientar que, antes mesmo da edição da Lei nº 9.868/99, o Supremo Tribunal Federal já adotava a prática de restringir os efeitos da decisão. Não se nega o caráter político envolvido na interpretação e aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, mas esta atividade decisória encontra limites na própria ordem constitucional.

É por isso que se torna tão importante estabelecermos balizas para a ponderação realizada. Toda ponderação precisa de método. O risco maior é o casuísmo, o decisionismo judicial, a ponderação metodologicamente frouxa. Assim, deve-se

---

<sup>144</sup> A fim de identificar alguns dos princípios que ganham relevância na decisão, a seguir, analisaremos alguns casos concretos.

trabalhar de maneira minimamente rigorosa com a máxima da proporcionalidade, que é o principal instrumento metodológico da ponderação.

#### 4.1 A Teoria dos Direitos Fundamentais, de Robert Alexy

Nas palavras de Geovany Cardoso Jevaux (2015, p. 275), “de nada adianta um modelo racional se o que se pratica com base no art. 27 da Lei nº 9.868/1999 é o modelo da discricionariedade”. Nessa toada, com o fito de racionalizar o processo decisório desenvolvido para a fixação dos efeitos no tempo do pronunciamento jurisdicional que decreta a inconstitucionalidade da lei no tempo, o presente trabalho sugere a adoção da Teoria dos Direitos Fundamentais, desenvolvida pelo autor alemão Robert Alexy.

Tal escolha se dá em razão de diversos fundamentos. Inicialmente, merece destaque o fato de que, como regra geral, a questão quanto aos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade envolve depurada reflexão acerca dos direitos fundamentais e a prevalência de cada um deles na hipótese enfrentada. E os direitos fundamentais, ainda que variem quanto à precisão de seu conteúdo, têm caráter de princípios, são mandamentos de otimização (ALEXY, 2015, p. 575). Nesse contexto, há de se destacar que, mesmo que o termo *ponderação* não tenha um significado unívoco<sup>145</sup>, é certo que, no meio jurídico, ele é tradicionalmente associado à teoria de Robert Alexy. É comum que em decisões judiciais os julgadores citem Alexy ou conceitos que descrevam passagens de sua teoria e, logo após, ressaltam estar decidindo pela técnica da “ponderação”, ainda que, por vezes,

<sup>145</sup> A título de exemplo, de mera consulta ao dicionário (MICHAELIS, 2017), é possível identificar múltiplas acepções para o termo.

“Ponderação:

pon-de-ra-ção (sf)

1 Ato ou efeito de ponderar: *‘Uma ponderação somente a fazia abrandar e dispor-se a ceder às solicitações da sobrinha, para que de novo se juntassem com Eulália. Não estaria esta arrependida do mau passo que dera? Ousaria ela querer enxovalhar a pobreza de suas irmãs? Não era possível que esta última fosse verdadeira; Eulália errou, mas não era uma perversa’* (JP).

2 Qualidade ou característica de quem age com reflexão; meditação: *As decisões que toma são precedidas de muita ponderação.*

3 Qualidade ou característica de quem tem bom senso e procura evitar excessos; sensatez: *Acredito que ele pode ajudá-lo, pois é uma pessoa dotada de muita ponderação.*

4 Propriedade daquilo que é importante; relevância: *A melhoria do transporte coletivo é um dos temas de grande ponderação para a cidade.*

5 Situação de equilíbrio entre forças ou tendências contrárias: *Nas decisões relativas a esse tema, houve uma ponderação das posições no Congresso.*

6 MAT V peso, acepção 20”

esta aplicação seja despida da metodologia realmente desenvolvida pelo autor alemão<sup>146</sup>.

Já destacamos anteriormente que este é um termo polissêmico. Ocorre que, em se tratando de linguagem jurídica, por se tratar de conhecimento científico, faz-se mister a utilização de uma linguagem acurada, a fim de conferir maior retidão à informação que se pretende transmitir. Nesse sentido, Tárek Moysés Moussallem (2006, p. 8) salienta que o conhecimento científico, diversamente do que ocorre com a linguagem do dia a dia, pressupõe linguagem rigorosa. Deve o cientista buscar afastar “as falácias, a ambiguidade e a vaguidade dos signos (vícios constantes no conhecimento vulgar) com o objetivo de outorgar maior precisão ao discurso científico”. Em complemento, ousar dizer que em sistemas tais como o Direito, nos quais a linguagem constitui o próprio objeto de estudo, esta exigência se faz ainda mais pungente.

Ademais, o Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015) prevê, em seu artigo 8º que, na aplicação do ordenamento jurídico, o magistrado deve atender à finalidade social e às exigências do bem comum “resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a *proporcionalidade*, a razoabilidade, a legalidade e a publicidade e a eficiência” (grifos nossos).

Ainda, no § 2º do artigo 489, há a previsão de que, havendo colisão entre normas o julgador “justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão” (grifos nossos). Nas passagens supratranscritas, tem-se a descrição literal das leis de colisão e de ponderação desenvolvidas por Robert Alexy para tentar solucionar os casos de confronto entre direitos fundamentais com caráter de princípio, o que leva a crer que o legislador adotou a

---

<sup>146</sup> Ver: SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais (2002), páginas 23-50. Disponível em: <<http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>>. Acesso em: dez./2016. MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF*. Coordenador: Lênio Luiz Streck. Salvador, Juspodivm, 2016; TRINDADE, André Karam e MORAIS, Fausto Santos de. *Debate sobre ponderação no Novo CPC e os perigos do decisionismo*. Revista Consultor Jurídico (ConJur), 10 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-10/diario-classe-debate-ponderacaocpcperigos-decisionismo>>. Acesso em: fev.2017.

teoria do autor alemão, consignando-a expressamente no enunciado normativo<sup>147</sup>. Como se não bastasse, a ideia de ponderação está topologicamente localizada no artigo 489 do CPC, que trata dos elementos essenciais da sentença. Mais especificamente, referida previsão legal vem logo em sequência do dever de fundamentação das decisões judiciais, insculpido no § 1º do mesmo artigo. Curial sobrelevar que Alexy já teve a oportunidade de afirmar expressamente<sup>148</sup> que a sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, ocasião em que se aprofunda no mecanismo da ponderação, foi editada como continuidade da tese construída em *Teoria da Argumentação Jurídica*, que esmiúça justamente a fundamentação das decisões judiciais, o que apenas corrobora a adoção da teoria alexyana pelo novo diploma processual civil.

Com a positivação do termo *ponderação*, ganhou espaço na doutrina pátria a problemática acerca da adoção ou não da teoria tal qual desenvolvida pelo autor alemão. Em verdade, o texto legal é expreso quanto à previsão do mecanismo da ponderação. À prática jurídica brasileira restam duas opções, dois modos de se tratar a problemática: limitar-se a aplicar a chamada “ponderação à brasileira”, utilizando-se do termo de forma atécnica, ou seguir as exigências da teoria desenvolvida por Robert Alexy, aplicando-se a técnica da ponderação de acordo com os pressupostos previstos pelo autor alemão. Lênio Luiz Streck resume a problemática:

---

<sup>147</sup> Neste mesmo sentido, quanto à adoção da teoria alexyana no artigo 489 do CPC/2015: Lênio Streck (2016, p. ), Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveira e Paulo Sarno Braga (2015, p. 325). Ao comentar o § 2º do artigo 489 do CPC/2015, Lênio Luiz Streck (*in*: STRECK *et al*, 2016, p. 688-689) observa que o termo “ponderação” contido no dispositivo deve remeter à aplicação do raciocínio desenvolvido por Alexy e, ainda, em razão disso, o termo “normas” deve ser lido, na verdade, como “princípios”, visto que a ideia de ponderação é desenvolvida pelo autor alemão como uma solução para os casos de colisão de princípios. Em suas próprias palavras: “Do mesmo modo, parece evidente que a palavra *ponderação* também não pode ser entendida como simplesmente alguém dizendo ‘ponderando melhor, vou fazer tal coisa...’. Logo, quando o dispositivo alude à ‘ponderação’, temos de entender o termo como proveniente da palavra *Abwägung* da Teoria da Argumentação proposta por R. Alexy”.

<sup>148</sup> Em 29/06/2017, Robert Alexy participou de uma conferência promovida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT), ocasião na qual afirmou que a ideia de argumentação é o que conduz à racionalidade na atribuição dos pesos em sua Teoria dos Direitos Fundamentais. Salientou que proposições sobre interferência e grau de importância dos princípios demandam argumentação e, assim, sustentam-se racionalmente dentro da teoria da argumentação. Ele afirma, inclusive, que a Teoria dos Direitos Fundamentais guarda uma intrínseca correlação com seu livro anterior, Teoria da Argumentação Jurídica que, inclusive, foi até melhor recebido pela doutrina. Seu raciocínio buscou trazer ordem e metodologia às decisões jurídicas.

O primeiro modo, que advém da *vulgata* que se fez da teoria *alexiana* no Brasil, limita-se a referir que a ponderação seria uma escolha do argumento que terá maior relevância para ser aplicado ao caso, e, assim, no caso do art. 489, § 2º, do CPC, simplesmente se escolheria qual das regras seria afastada em face dessa “ponderação” (*sic*). Esse, evidentemente, não é o caminho mais adequado para interpretar esse dispositivo. O outro caminho, muito mais sofisticado, é aquele decorrente da aplicação rigorosa da teoria discursiva de Robert Alexy, observando todas as suas exigências (STRECK, *in*: \_\_\_\_ *et al*, p. 689).

A ponderação desenvolvida por Robert Alexy, se fiel às bases do raciocínio da teoria na qual foi desenvolvida, pode oferecer um elevado grau de racionalidade e controlabilidade à questão acerca dos efeitos temporais das decisões judiciais do controle de constitucionalidade brasileiro, que, em geral, demandam a solução de um embate entre princípios.

Apenas conhecendo a teoria é que podemos aplicá-la nos moldes originalmente propostos. Por essa razão, busca-se esclarecer, em linhas gerais, quais são as exigências e peculiaridades da teoria desenvolvida pelo autor tedesco. No que concerne à referida teoria, antes de adentrarmos à lei de colisão, cumpre tecer alguns alertas. Primeiramente, faz-se mister consignar que os direitos fundamentais compõem uma ordem objetiva de valores, que o Estado tem de levar em conta, tanto na elaboração de sua legislação, como na construção da jurisprudência.

Uma premissa que jamais pode ser esquecida é a de que a apresentação de uma ordem decisória racional, objetiva, não implica em uma solução idêntica para todos os casos em que estejam em colisão os mesmos direitos fundamentais. Os princípios aceitam diversas soluções como constitucionalmente aceitáveis; enquanto mandamentos de otimização, eles impõem a realização dos princípios no maior grau possível, o que, no entanto, não permite ignorar que o julgador submete-se também a outras vinculações além dos princípios materiais (ALEXY, 2015, p. 537).

Os direitos fundamentais “excluem alguns conteúdos como constitucionalmente impossíveis e exigem alguns conteúdos como constitucionalmente necessários” (ALEXY, 2015, p. 543), e isso vale para todos os processos de criação de direito que há no sistema. Semelhante ao que ocorre com os conceitos jurídicos indeterminados em geral, é possível identificar-se uma zona de certeza positiva, e uma zona de certeza negativa – ou seja, aquilo que os princípios certamente impõem ou repelem

–, restando, ainda uma zona de penumbra, onde a ausência de certeza quanto ao desrespeito dos limites objetivos que vinculam o legislador impõe ao Poder Judiciário um dever de abstenção, deixando a decisão a cargo do legislador<sup>149</sup>.

O legislador – é inegável – recebe diretrizes e impulsos dos direitos fundamentais, visto que o Estado deve fazer de tudo para realizar os direitos fundamentais (HESSE *apud* ALEXY, 2015, p. 517). Aliás, é justamente da vinculação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário que decorre a fundamentalidade dos direitos fundamentais. Se, por um lado, ao legislador é vedado sacrificar direitos fundamentais sem justificativa para tanto, por outro, havendo pluralidade de meios que satisfaçam esses direitos, pode escolhê-los livremente, dentro desses limites.

Para tornar mais clara a questão, Alexy exemplifica o caso levado à apreciação do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que, em 1994, teve de decidir a respeito da compatibilidade entre a liberdade geral de ação e da liberdade pessoal com a previsão legal de criminalização da fabricação, comercialização, distribuição e aquisição de produtos derivados da *cannabis*. Na ocasião, o tribunal absteve-se de intervir, pois ausentes suficientes conhecimentos científicos que impusessem a adoção de um ou de outro posicionamento, de modo que incumbe tão somente ao legislador a opção pela permissão ou vedação da prática.

Nota-se, pois, que o controle judicial só é cabível quando extrapoladas as margens de escolha do legislador. No que tange aos direitos fundamentais, por exemplo, se a proteção constitucional minimamente garantida é respeitada, não há de se falar em intervenção do Poder Judiciário para obrigar o legislador a garantir mais que isso (ALEXY, 2015, p. 613) – o legislador pode fazê-lo, mas isso é uma faculdade, uma questão de política legislativa.

A discricionariedade do legislador pertence ao campo estrutural, ou seja, reside justamente onde a Constituição não proíbe, nem obriga, apenas faculta. Mas,

---

<sup>149</sup> Tratando de discricionariedade administrativa e conceitos indeterminados, observa Gustavo Binenbojm (2006, p. 220) que “quando é possível identificar os fatos que, com certeza, se enquadram no conceito (zona de certeza positiva) e aqueles que, com igual convicção, não se enquadram no enunciado (zona de certeza negativa), o controle jurisdicional é pleno. Entretanto, na zona de penumbra ou incerteza, em que remanesce uma série de situações duvidosas, sobre as quais não há certeza sobre se se ajustam à hipótese abstrata, somente se admite controle jurisdicional parcial”.

constatada a ausência de conhecimentos científicos ou dados estatísticos que fundamentem a intervenção do legislador em direitos fundamentais, adentra-se ao campo da discricionariedade epistêmica, que inclui também suposições empíricas. A discricionariedade epistêmica ou cognitiva “decorre dos limites da capacidade de se conhecer os limites da constituição” (ALEXY, 2015, p. 582-583) <sup>150</sup>. Sendo incerta a quantificação ou o atendimento aos direitos fundamentais em jogo, incumbe ao legislador tomar decisões com base em suas próprias valorações, e, assim, decidir pela necessidade de proteção ou não de cada um dos interesses contrapostos.

Ademais, destaque-se que, para que se proceda à aplicação da lei de colisão, há de se estar diante de um conflito de princípios, ou seja, preceitos que admitam aplicação parcial, gradativa. Se houver regras regulando juridicamente a situação enfrentada, estas devem ser aplicadas. Cabe frisar que as regras não comportam gradação, são aplicadas segundo a ideia de “tudo ou nada”, e aplicação de uma regra invalida quaisquer outras com ela incompatíveis, sendo resolvidas no plano da validade, pelos critérios gerais de antinomia.

Ainda, realizada a análise inicial quanto à natureza do conflito, sendo o caso de colisão de princípios, não de ser ultrapassadas as máximas da adequação e necessidade, para que, apenas por fim, seja aplicada a ponderação em sentido estrito.

Deste modo, salta aos olhos que a ponderação em sentido estrito foi concebida por Alexy como um mecanismo de utilização excepcional, residual, que apenas entra em jogo diante da decisão de casos realmente complexos.

No âmbito do presente trabalho, importa frisar que a questão dos efeitos constitutivos da decisão, calcada na teoria kelseniana não é premissa obrigatória para que se aplique a ponderação ora sugerida para balizar a definição de seus efeitos temporais. Com isso, quer-se dizer que até mesmo aqueles que defendem os

---

<sup>150</sup> Geovany Cardoso Jevaux (2015, p. 139-141) explica que se revela mais adequada a concepção da ordem fundamental como uma ordem qualitativa, que o a Constituição trata de assuntos fundamentais e deixa uma margem de decisão ao legislador. O marco dessa atuação deve ser entendido em sua acepção formal, e a partir do modelo material-procedimental, em que a discricionariedade pode ser limitada em certos casos, pois, “o legislador não pode ter liberdade absoluta e tampouco ser absolutamente restringido”.



efeitos *ex tunc* do pronunciamento de inconstitucionalidade, desde que admitam a flexibilização deste marco temporal, podem utilizar-se do mecanismo como forma de objetivizar a escolha. Ademais, curial repisar a compatibilidade entre ambos os marcos teóricos preponderantes deste estudo. Primeiramente, porque, conforme demonstrado no tópico 1.2, o próprio Alexy salientou que os seus conceitos de norma e enunciado normativo guardam estreita correlação com a teoria kelseniana. Além disso, o mecanismo da ponderação, desenvolvido por Robert Alexy surge no presente trabalho como uma continuidade da teoria de Hans Kelsen. Isso porque o autor austríaco reconhece que a invalidação de uma norma pode comportar gradação de seus efeitos no tempo. No entanto, não adentra à questão de como garantir que essa gradação seja feita da forma mais objetiva e racional possível, com vistas à preservar a previsibilidade, a confiabilidade e a controlabilidade do sistema.

Como a definição do marco temporal de produção de efeitos das decisões de inconstitucionalidade, não raras vezes envolve a colisão entre direitos fundamentais com caráter de princípio, afigura-se razoável a utilização da teoria de Alexy.

Por fim, cumpre alertar que a ponderação é um procedimento aberto – qualidade na qual residem ora suas maiores qualidades, ora suas mais ferrenhas críticas. No entanto, nenhuma crítica será realmente legítima sem a compreensão das premissas fixadas pelo autor; pois, do contrário, tratam-se de jogos de linguagem distintos (MOUSSALLEM, 2006, p. 12). A ponderação – repise-se – não se propõe a apresentar uma solução única para os conflitos enfrentados, mas, sim, uma solução plausível, racionalmente justificável.

Por isso mesmo, o dever de motivação das decisões, em nosso sistema previsto no artigo 93, IX da Constituição<sup>151</sup>, preceito agora densificado pela previsão do artigo

---

<sup>151</sup> Art. 93: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

489 do CPC/2015<sup>152</sup>, ganha contornos ainda mais robustos quando realizada a ponderação de direitos fundamentais.

A aceitação de uma ordem objetiva de valores enquanto princípios supremos não é, em si mesma, algo irracional; é, tão somente, algo extremamente incompleto, que pode ser usado tanto de maneira racional, como de maneira irracional. A mera constatação de que se podem extrair partes de uma estrutura racional de fundamentação e usá-las de modo não racional não é motivo para que se renuncie a esta em prol de uma estrutura com fundamentação dotada de menor grau de racionalidade (ALEXY, 2015, p. 516-528).

Nota-se, pois, que a exigência de argumentação racional exsurge como forma de se conferir legitimidade a partir do método e, não, como garantia de obtenção de uma solução única. A abertura conferida ao processo decisório do Tribunal Constitucional nada tem de irracional, visto que a argumentação prático-racional pode se apresentar como a solução para questões valorativas, de modo que a decisão não perca seu caráter objetivo, ainda que mais de uma solução seja possível segundo tais regras. É uma “abertura qualificada” do sistema. Até porque, uma teoria dos direitos fundamentais com uma única solução estaria fadada ao fracasso (ALEXY, 2015, p. 270-273).

Assim, a teoria é um caminho apresentado não para que se saiba, de antemão, o resultado exato de um conflito levado à apreciação judicial, mas sim, quais seriam esses caminhos, quais os limites que condicionam a atuação do julgador e os fundamentos que alicerçam sua decisão. Embora não se elimine por completo, é certo que há uma forte redução da incerteza com relação ao discurso prático geral.

---

<sup>152</sup> Art. 489: § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Além disso, a estruturação racional do pensamento da autoridade judicante permite o controle da decisão, tornando também objetivas, passíveis de controle, algumas questões valorativas inerentes à própria necessidade de abertura do sistema.

Feitas tais observações, imperioso traçar uma breve distinção entre duas espécies de norma, as regras e os princípios, para, após, adentrarmos à lei de colisão.

#### **4.2 Regras e princípios: uma distinção necessária**

Para a exata compreensão do tema ora tratado, faz-se necessário esclarecer brevemente os conceitos de ambas as espécies do gênero norma na teoria de Robert Alexy<sup>153</sup>, quais sejam: regras e princípios.

O ponto de partida para a distinção entre regras e princípios é o mesmo, tanto para Robert Alexy, quanto para Ronald Dworkin: ambos partem da premissa que a principal distinção entre ambos é qualitativa, e não meramente de grau.

O autor tedesco reconhece que há diversos critérios de distinção, dentre eles o grau de generalidade, frequentemente utilizado, segundo o qual os princípios são normas com alto grau de generalidade, ao passo que as regras gozariam de menor generalidade. Outrossim, discutem-se outros critérios de distinção, tais como a importância da norma para a ordem jurídica, a forma de seu surgimento, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, dentre outros. “Princípios e regras são diferenciados também com base no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmos regras, ou, ainda, no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento” (ALEXY, 2015, p. 88-89).

Com base nestes critérios, é possível, por conseguinte, a construção de três teses de distinção, dentre as quais Alexy entende por correta aquela que conjuga uma diferença tanto gradual, quanto qualitativa. Quer-se, portanto, dizer que as regras são normas cujo juízo de aplicabilidade é peremptório: verificada a situação prevista

---

<sup>153</sup> Para um aprofundamento no tema, ver: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo, Martins Fontes, 2002 e ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, São Paulo, Malheiros, 2015.

no antecedente normativo ou a regra é aplicada ou não é aplicada. A solução do conflito apenas pode ser encontrada se houver, em uma dessas regras, uma cláusula de exceção, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida, ou seja, retirada do ordenamento jurídico. Os princípios, por sua vez, são normas que podem ser satisfeitas em maior ou menor grau, pois eles “ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2015, p. 90). São mandamentos de otimização, cuja prevalência depende das circunstâncias do caso concreto, bem como dos demais princípios envolvidos, hipótese em que sua aplicação deve ser sopesada, sempre visando ao alcance de um resultado ótimo.

Vê-se que o conflito de regras envolve, essencialmente, uma decisão sobre validade, ao passo que os princípios comportam aplicação parcial, limitada justamente pela coexistência de outro princípio. Os princípios podem ganhar maior ou menor força, a depender da hipótese concretamente considerada. A solução de uma colisão de princípios é realizada a partir de um sopesamento da importância de que se reveste cada um dos conflitos em embate, o que só pode ser analisado no caso concreto. Diz-se, assim, que gozam de uma relação de precedência condicionada, ou seja, sua prevalência em maior ou menor grau dependerá justamente das circunstâncias do fato analisado. Por consequência disso, ainda que o Tribunal Constitucional haja decidido um caso de colisão entre os mesmos princípios, ele mantém elástica sua vinculação, podendo decidir de modo diverso em face das peculiaridades da nova hipótese trazida à sua apreciação. Importante salientar que, com esta advertência, Alexy não está desprezando a importância dos precedentes; muito pelo contrário: as decisões do Tribunal Constitucional são dotadas de força geral e, havendo um precedente, ele deve ser usado. Por isso mesmo, o afastamento do entendimento fixado no precedente demanda um ônus argumentativo para aquele que pretende fazê-lo, ou seja, Tribunal deve analisar a decisão anterior e demonstrar, explicitamente, as razões fáticas e jurídicas que o levam a decidir diferente na nova situação<sup>154</sup>.

---

<sup>154</sup> Alexy (2015, 558) cita, ainda, a possibilidade de *superação* de precedente (*overruling*) e de distinção (*distinguishing*), visto que “por mais densa que seja a rede de regras de decisão, novos casos sempre apresentam novas características, que podem servir como razões para uma diferenciação. Além disso, a força vinculante das regras é apenas *prima facie*. Uma regra de decisão pode ser abandonada se forem apresentadas razões suficientes para tanto”. Com isso, alerta o autor

Portanto, a distinção entre regras e princípios reside primordialmente na sua estrutura: se uma norma comporta aplicação em maior ou menor grau, ela será um princípio. Em oposição, se ela apenas comportar a escolha de um dos preceitos em confronto, à moda do tudo ou nada, revestir-se-á da estrutura típica das regras, identificando-se, pois, como tal. Assim, diversamente da definição de princípios adotada e repetida por uma relevante parte da doutrina pátria<sup>155</sup>, para Alexy, não importa propriamente o conteúdo veiculado pelos princípios; sua definição é axiologicamente neutra.

No que tange às disposições de direitos fundamentais, estas podem revestir-se da forma de regras ou princípios, a depender do modo de sua estruturação. Como normalmente os direitos fundamentais não são absolutos, comportam restrições impostas pela proteção de outros direitos fundamentais envolvidos na mesma situação, é comum que eles comportem gradação, ocasião em que terão caráter de princípio. Isso, entretanto, não exclui a existência de direitos fundamentais que são verdadeiras regras, de modo que não aceitam aplicação parcial. Ainda, é crível conceber certas disposições de direitos fundamentais que são, simultaneamente, regra e princípio, como, por exemplo, é o caso da dignidade humana – é o que Alexy denomina de caráter duplo. Neste sentido, calha aqui transcrever algumas palavras do professor alemão:

De início, elas são *ou* regras (normalmente incompletas) *ou* princípios. Mas as normas de direitos fundamentais adquirem um caráter duplo se forem construídas de forma que ambos os níveis sejam nelas reunidos. Uma tal vinculação de ambos os níveis surge quando na reformulação da norma constitucional é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios, que, por isso, está sujeita a sopesamentos. (ALEXY, 2015, p. 141) (grifos no original)

---

que os precedentes não significam o engessamento do direito, não implicam em uma “canonização de enunciados do Tribunal Constitucional Alemão” (SCHLAICH, 1981 *apud* ALEXY, 2015, p. 558).

<sup>155</sup> Na doutrina pátria é comum a definição de princípios como as normas mais relevantes, mas fundamentais do sistema, entendimento este que pode ser exemplificado pela definição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 817-818): “é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”. Virgílio Afonso da Silva destaca, ainda, a grande confusão

Vale dizer que, caso uma disposição de direito fundamental fixe preceito relacionado às exigências de princípios colidentes, esta não estabelece apenas um princípio, mas, também, uma regra. Se esta regra não puder ser aplicada sem sopesamento, ela é, como tal, incompleta, e pressupõe um recurso ao nível dos princípios.

Com relação à interação entre regras e princípios, as disposições veiculadas por meio de regras têm, aprioristicamente, primazia, pois, “a vinculação à Constituição significa uma submissão a todas as decisões do legislador constituinte” (ALEXY, 2015, p. 140). No entanto, essa relação de primazia não é estrita, de modo que, em que pese a preferência que o nível das regras goza em comparação ao dos princípios, pode ser que outras determinações que não aquelas insculpidas nas regras sejam tão relevantes que tenham o condão de afastar o princípio da vinculação ao teor literal de determinada regra da Constituição. Mas, novamente, para tanto, é exigida uma robusta fundamentação constitucional, ou seja, cria-se um grande ônus argumentativo.

De todo o exposto, nota-se que muitas das normas que a classificação tradicional da doutrina denomina de “princípios” possuem, na verdade, a estrutura de regras e, na teoria dos direitos fundamentais, como tais devem ser tratadas se adotados os critérios alexyanos. Não obstante, curioso observar que ninguém ousa excluir da denominação de “princípios” esses “mandamentos fundamentais do sistema”, o que se dá, inclusive, em razão da carga semântica – e forte carga emotiva - já arraigada no termo, como se classificar determinado preceito como regra ao invés de princípio implicasse em reduzir sua importância na ordem jurídica. Não é raro encontrar autores que, ao definir princípios, utilizem-se dos critérios propostos por Alexy, mas que, logo em seguida, promovam uma classificação dos princípios de acordo com seu conteúdo material (SILVA, V. A., 2003, p. 614). Como bem expõe Virgílio Afonso da Silva, seria ambicioso pretender uma unificação do termo, visto que - repita-se - “princípios” é uma palavra dotada de forte carga semântica. Sem embargo desta dificuldade em se encontrar um sentido unívoco para o aludido termo, faz-se mister a distinção entre a linguagem coloquial, ainda que a respeito do sistema, e a linguagem técnica, adequada propriamente à teoria dos direitos fundamentais, quando se propõe segui-la. É o mesmo problema terminológico identificado com relação ao termo “ponderação”, já salientado alhures.

Com efeito, voltando à questão dos princípios, o que se requer não é a adoção de uma terminologia única, mas sim, que saibamos distinguir os diferentes níveis de linguagem em que o termo é empregado, e que, primordialmente, seja mantida a coerência entre as premissas eleitas e o trabalho desenvolvido pelo cientista.

Tecida estas breves considerações, temos que, em síntese, para que se chegue ao processo de sopesamento, à aplicação da chamada lei de colisão, hão de ser observados os seguintes pressupostos: (i) regras guardam com relação aos princípios uma distinção estrutural, eminentemente lógica e relacionada ao modo de aplicação do preceito referido; (ii) havendo regra, ou seja, um preceito que seja plenamente aplicável, ele deve, em princípio prevalecer e, caso haja conflito entre duas ou mais regras, uma deve ser proclamada inválida, resolvendo-se o embate no plano da validade; (iii) não havendo preceito objetivamente aplicável, mas, sim, normas que devem ser simultaneamente aplicáveis, cedendo cada uma delas espaço para os demais, a depender do caso concreto, está-se diante da colisão de princípios, uma questão a ser solucionada na dimensão do peso, ocasião em que torna-se necessário o recurso à lei de colisão.

#### **4.3 A lei de colisão e suas máximas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito**

Ultrapassadas as tentativas iniciais de solução do embate das normas jurídicas aplicáveis ao caso, uma vez identificado que a hipótese posta à apreciação trata de uma colisão de princípios, de preceitos que devem ser atendidos no mais alto grau possível, consideradas as circunstâncias do caso concreto em que se apresentam, deve-se recorrer à aplicação da máxima da proporcionalidade, representada pela lei de colisão, que é um método proposto por Alexy para conferir racionalidade - e, portanto, propiciar a aferição da legalidade – à decisão a respeito da colisão de princípios.

A lei de colisão é composta por três sub-regras, ou máximas: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. A primeira observação que merece destaque é que estas regras são, necessariamente, aplicadas em uma

ordem fixa, de maneira sucessiva e subsidiária. Com isso, quer se dizer que primeiro será analisada a adequação. Uma vez superada a adequação, havendo um juízo positivo acerca da conformação da medida, passa-se ao exame da necessidade. Apenas se transpostas estas duas primeiras máximas é que se procede à análise da proporcionalidade em sentido estrito, com a aplicação da lei de ponderação. Observa-se, portanto, que a proporcionalidade em sentido estrito é utilizada excepcionalmente, apenas para a resolução daqueles casos verdadeiramente complexos.

Em primeiro lugar, para a aferição da adequação, deve-se perquirir se a medida adotada *fomenta*<sup>156</sup>, de algum modo, o fim pretendido. Saliente-se que a medida estatal deve ser eficaz na promoção do objetivo pretendido, de modo que não se exige que esta medida alcance, efetive plenamente, o objetivo alcançado. A adoção da medida em questão promoveria a proteção do princípio a que se visa preservar? – esta é a indagação que deve ser feita. Se, então, a medida estatal colaborar para a realização dos objetivos que nortearam sua adoção, ultrapassada está a primeira máxima. A adequação, então é, na verdade, um critério negativo, que, apesar de não determinar tudo, exclui de sua abrangência algumas coisas. Esta máxima persegue a ideia de otimização justamente por meio da eliminação de meios não adequados.

Reputada adequada a medida, prosseguimos para a análise da necessidade, que traz em si ínsita a ideia de que devem ser evitados sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais. Nesta etapa, examina-se se existem meios menos gravosos, mas igualmente eficazes na proteção daquele direito. Com isso, impõe-se que, havendo dois meios igualmente adequados, deve-se privilegiar aquele que

---

<sup>156</sup> Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 38) esclarece que, em alemão, *fördern* significa fomentar, promover. Deste modo, a definição traçada por Gilmar Ferreira Mendes em sua obra, no sentido de que adequado seria o meio com o qual se pudesse *alcançar* o evento pretendido, não seria a mais adequada. Isto é, qualquer medida que promova – e não necessariamente alcance – referido objetivo, deve ser reputada adequada. Virgílio explica que: “Esses conceitos de adequação não são, contudo, os mais corretos. A causa do problema está na tradução imprecisa da decisão. A sentença em alemão seria melhor compreendida se se traduzisse o verbo *fördern*, usado na decisão, por fomentar, e não por alcançar, como faz Gilmar Ferreira Mendes, porque, de fato, o verbo *fördern* não pode ser traduzido por alcançar”. Destaca, ainda, que Martin Borowski, assistente de Alexy na Universidade de Kiehl, ao analisar a mesma decisão do Tribunal Constitucional utilizada por Gilmar Mendes, explica que a adequação de uma medida estatal resta caracterizada se esta faz com que o objetivo pretendido seja *alcançado ou pelo menos fomentado*.



representa intervenção menos intensa nos demais direitos fundamentais. A necessidade difere da adequação na medida em que a primeira é um exame comparativo - dentre as alternativas aptas a fomentar, em igual medida, o objetivo visado, deve ser escolhida aquela que, promovendo a finalidade almejada com a mesma intensidade, causa menor restrição ao demais direitos - ao passo que a última (a adequação) é um exame independente, incondicional.

Alexy (2015, p. 591) alerta que os exames da adequação e da necessidade nem sempre são algo simples. Essas duas primeiras máximas envolvem um juízo da relação entre meios e fins e esta análise suscita, muitas das vezes, grandes problemas de prognose. É por esse motivo que, nos casos em que não exista um substrato probatório que ofereça aos julgadores conhecimento suficiente acerca dos efeitos positivos ou negativos de tais medidas, o Poder Judiciário deve abster-se de apreciar a medida, deixando a decisão para os legisladores, que, por excelência, são os representantes do povo.

Transcendidas as duas primeiras regras, supondo-se, pois, que a medida em comento seja adequada e necessária, é que se deve recorrer ao emprego da proporcionalidade em sentido estrito, terceira regra da máxima da proporcionalidade. Nessa etapa decisória, procede-se a um sopesamento, com o fito de privilegiar todos os princípios em conflito, *na maior medida permitida pelas condições fáticas de cada caso concreto*.

A proporcionalidade em sentido estrito, terceira submáxima da proporcionalidade, remete à obtenção de um resultado ótimo na aplicação dos princípios colidentes dentro da situação fática enfrentada. “Ela é idêntica à lei do sopesamento, que tem a seguinte redação: Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2015, p. 593) Ou seja, toda vez que um princípio intervir de maneira grave em outro, essa intervenção deve ser justificada pelo grau de proteção exigido pelo princípio interventor.

A lei da ponderação, então difere da lei de colisão porque,

enquanto a lei de colisão diz que não é possível encontrar uma decisão previamente dada para o embate entre princípios, e que a decisão será encontrada em regras que definem certas condições fáticas, que, uma vez ocorrentes, indicam as consequências jurídicas de precedência de um princípio sobre o outro, a primeira lei de ponderação procura explicar racionalmente o grau de importância das consequências jurídicas de ambos os princípios em colisão. Em outras palavras, a primeira lei de ponderação, na eventualidade de o embate não ter sido solucionada pelas máximas parciais anteriores, coloca as consequências jurídicas dos princípios ainda em colisão numa balança (metáfora do peso), a fim de precisar qual delas é racionalmente mais importante naquele caso concreto (JEVEAUX, 2015, p. 136)

A aplicação da lei de ponderação também deve ser realizada em três etapas. Na primeira delas, define-se o grau de intervenção da medida, ou seja, em qual grau um dos princípios seria afetado. Após, deve ser analisada a importância da satisfação do princípio oposto, qual seria o grau de importância de se privilegiar o princípio que justificaria tal intervenção. Por fim, busca-se a resposta dessa comparação, ou, em outras palavras, qual seria o custo/benefício de se privilegiar um determinado princípio em detrimento de outro. Deve prevalecer aquele princípio que implicar em um maior benefício, com o menor custo (JEVEAUX, 2015, p. 137).

Ilustrada em linguagem matemática, a chamada lei material do sopesamento, representando o peso de um princípio sob as circunstâncias de um caso concretamente considerado, assume a seguinte estrutura<sup>157</sup>:

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC}{WP_jC}$$

A variável  $P_i$  representa o princípio cuja violação é analisada, de modo que  $IP_iC$  representa o grau de intervenção neste princípio, o que será sempre uma grandeza concreta, definida em razão dos circunstâncias relevantes para a decisão do caso.

<sup>157</sup> Alexy explica que a fórmula do peso, tal qual expressa acima, contém apenas grandezas concretas. “Nesse sentido, ela representa uma situação na qual apenas esse tipo de grandeza importa. Como já foi mencionado, isso é assim sempre que os pesos abstratos são iguais. Se os pesos abstratos forem distintos, então, eles devem ser acrescentados a essa fórmula. Para tanto, pode-se simbolizar o peso abstrato de  $P_i$  por ‘ $GP_iA$ ’, e o peso abstrato de  $P_j$ , por ‘ $GP_jA$ ’. (...) Essa fórmula faz com que fique claro por que os pesos abstratos são supérfluos quando são iguais: eles podem ser cancelados mutuamente. Por isso, a fórmula sem os pesos abstratos não é uma fórmula distinta daquela com esses pesos; ela é a mesma fórmula após a realização desse cancelamento” (2015, p. 614). Assim, quando os pesos abstratos forem diferentes, a única diferença na fórmula será que tanto  $IP_iC$ , quanto  $IP_jC$  será multiplicados pelo peso abstrato.

Por sua vez,  $WP_j$  simboliza a importância de satisfação do outro princípio colidente no caso concreto.

A importância concreta de um princípio dependerá dos elementos do caso, empiricamente considerados, o que abrangerá a medida questionada e os efeitos que sua adoção e que a sua não-adoção têm nos princípios envolvidos. Assim, a importância de  $P_i$  será definida a partir do quão intensamente  $P_i$  interfere em  $P_j$ , de modo que o contraponto de  $IP_iC$  será  $WP_jC$  (ALEXY, 2015, p. 601-602).

A variável  $G$ , por sua vez, é o quociente entre a intensidade da intervenção em um princípio e a importância do princípio colidente. E só pode haver quociente quando houver também um modelo numérico. Por isso que surge a importância da atribuição de pesos numéricos às grandezas da fórmula.

Robert Alexy sugere uma escala triádica para se atribuir grandezas aos princípios em colisão: “os três níveis podem ser identificados por meio dos termos ‘leve’, ‘moderado’ e ‘sério’.” O termo “leve” significa também “reduzido” ou “fraco”, ao passo que “sério” deve ser entendido também por “elevado” ou “forte”. Referidos níveis estruturam-se numericamente a partir de uma escala geométrica<sup>158</sup>, em que *leve* será igual a  $2^0 = 1$ ; *moderado* será equivalente a  $2^1 = 2$ ; e *sério* corresponderá a  $2^2 = 4$ .

A segunda lei do sopesamento refere-se à qualidade epistêmica, e não às razões que justificam a interferência de um princípio sobre o outro. A primeira lei da ponderação pode ser chamada de “lei da ponderação substantiva” e a segunda, “lei

---

<sup>158</sup> Quanto à escolha da sequência geométrica, Alexy (2015, p. 605) esclarece que “Seria também possível pensar em representar a escala em três níveis por meio de três pontos em uma escala de 0 a 1. Uma possibilidade mais óbvia seria dividir essa escala em três partes e escolher, para  $l$ ,  $m$  e  $s$ , exatamente o valor central de cada uma dessas partes. Assim,  $l$  teria o valor  $1/6$ ,  $m$ , o valor  $1/2$ , e  $s$ , o valor  $5/6$ . Como as distâncias entre  $l$  e  $m$ , de um lado, e  $m$  e  $s$ , de outro, seriam iguais, isso criaria uma sequência aritmética. Mas, na definição de um quociente, esses valores conduziram a distorções inadmissíveis. (...) Essa forma de exposição tem a vantagem da simplicidade. Sua desvantagem é que ela não expressa, ao contrário do que ocorre com a urna sequência geométrica, como a adotada no texto, que princípios sempre ganham força com o aumento da intensidade da intervenção”.

da ponderação epistêmica” e a fusão de ambas as leis leva-nos à obtenção da fórmula do peso completa (ALEXY, 2003, p. 446)<sup>159</sup>.

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_iC}{WP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_jC}$$

Vê-se, portanto, que as variáveis *IPC* e *WPC* indicam a relação de precedência condicionada às circunstâncias do caso concreto, enquanto *GPA* indica o peso abstrato de cada um dos princípios e a combinação *SPC* representa o grau de certeza das premissas que justificam a intervenção de um princípio sobre o outro.

No entanto, vale observar que, na verdade, a lei do sopesamento é apenas uma forma de ilustrar todo o raciocínio já delineado, sendo apenas mais um caminho para se chegar a compreensão da teoria desenvolvida por Robert Alexy.

#### 4.4 A modelação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade à luz da teoria dos direitos fundamentais

O artigo 27 da lei 9.868/1999 positivou algo que já era uma decorrência da própria Constituição, amplamente considerada: a possibilidade de, ao decretar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, o juiz ou tribunal fixar o momento a partir do qual a decisão produzirá efeitos. Eis o texto normativo, *in verbis*:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de *segurança jurídica* ou de *excepcional interesse social*, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (grifou-se)

O texto legal consigna expressamente que o desenho temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade deve buscar atingir a segurança jurídica e o excepcional interesse social, conceitos jurídicos indeterminados, para os quais já se reservou algumas linhas, a fim de melhor delinearlos.

<sup>159</sup> No texto citado, qual seja “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, as variáveis *G* e *S* são substituídas por *W* e *R*, respectivamente. Isso nada mais é do que mera tradução da fórmula alemã para a língua inglesa, em que o “Gewicht” é substituído por “Weight” (peso) e “Sicherheit” é substituída por “Reliability”, para indicar o grau de certeza.

Em síntese, sob as expressões de “segurança jurídica” e “excepcional interesse social” está abarcada uma série de direitos fundamentais que podem – e devem – ser sopesados na definição do momento a partir do qual deve produzir efeitos a decisão de inconstitucionalidade. Conforme elucidado, não é possível, de antemão, prever todos os princípios colidentes. Entretanto, pode-se dizer que será bem comum que entrem em colisão princípios tais como a igualdade, a segurança jurídica, as limitações constitucionais ao poder de tributar, e também aquilo que Alexy convencionou denominar de “direito ao Estado”, que pode abranger tanto liberdades negativas – para garantir a liberdade fática dos cidadãos -, bem como direitos sociais, o que evidencia a amplitude da colisão. Assim, a definição do marco temporal de produção de efeitos da decisão, acaba por demandar, em grande parte dos casos, a aplicação da lei de colisão, desenvolvida por Robert Alexy.

No sopesamento, devem ser analisadas a adequação e também a necessidade – ou idoneidade do meio, o meio mais benigno de se atingir o resultado pretendido (JEVEAUX, 2015, p. 133) - de se conferir efeitos retroativos (totais ou parciais), prospectivos ou *pro futuro* à decisão de inconstitucionalidade. Após estas duas primeiras regras de análise, devem ser colocados na balança, nos termos da metáfora do peso, quais as consequências jurídicas advindas de cada princípio em colisão, para, então, adotar-se aquele meio menos gravoso ao princípio oposto.

A teoria de Alexy também se revela como uma posição adequada para resolver o embate entre aquilo que o Supremo Tribunal Federal denomina de mínimo existencial e a reserva do possível. Isso porque, segundo o entendimento da Corte Suprema, conforme demonstrado no tópico 3.4.1, a princípio, a reserva do possível, ou seja, as possibilidades fáticas de realização de um direito, não pode ser oposta à efetivação do mínimo existencial<sup>160</sup>.

---

<sup>160</sup> Vale destacar que a reserva do possível, conforme já dito, deve ser faticamente comprovada, por meios como a realização de perícias contábeis; não basta mera alegação do Estado. Além disso, deve advir da efetiva insuficiência de recursos públicos para financiar toda a demanda da população, e, não, da má aplicação dos recursos.

Ademais, ao passo que o mínimo existencial representa o núcleo duro dos direitos fundamentais, a reserva do possível não nos parece assumir a estrutura de um direito fundamental. Dessa forma, a oponibilidade da reserva do possível à realização do mínimo existencial apenas tem vez quando, na verdade, representar o embate entre o mínimo existencial de dois direitos. Referido entendimento

Robert Alexy, ao discorrer a respeito das restrições a direitos fundamentais explica que a competência do legislador para impor restrições a direitos fundamentais encontra-se nas condições expressas nas reservas qualificadas, pela barreira do chamado conteúdo essencial e pela máxima da proporcionalidade e, por conseguinte, pelo dever de sopesamento. Citando Häberle, explica que “todas as restrições admissíveis aos direitos fundamentais [seriam] imanentes a eles” (ALEXY, 2015, p. 292-293).

A garantia do conteúdo essencial seria, em verdade, uma restrição às restrições aos direitos fundamentais. Segundo o autor, há, na Constituição tedesca, um artigo que, apesar de sua controvertida interpretação, proíbe a afetação dos direitos fundamentais *em seu conteúdo essencial*, o que constituiria verdadeira restrição à restringibilidade dos direitos fundamentais. Em razão de os direitos fundamentais serem primariamente posições individuais, o Tribunal Constitucional alemão firmou uma espécie de limite absoluto, uma área intocável, na qual nem mesmo interesses preponderantes da coletividade justificariam a intervenção na “esfera nuclear da vida privada”, onde sequer haveria espaço para a aplicação da máxima da proporcionalidade. Isso em muito se assemelha com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal com relação ao mínimo existencial, no sentido de que, a princípio, nem mesmo a reserva do possível poderia se opor a realização do núcleo essencial dos direitos fundamentais<sup>161</sup>. Há de se ressaltar, no entanto, que a ideia de conteúdo essencial privilegia direitos individuais, ao passo que o mínimo existencial associa-se à defesa de direitos sociais.

Em que pese o Tribunal Constitucional tedesco se autoproclamasse a favor de uma teoria absoluta a respeito do conteúdo essencial, em diversas decisões, o próprio órgão alemão admitia, sim, em certos casos, a limitação de direitos fundamentais individuais, explicitando que, apenas por razões especialmente importantes é que um direito fundamental individual poderia ser restringido. Fundamentava o tribunal

---

encontra-se em harmonia com a ideia de Alexy, no sentido de que a restrição de um direito fundamental só é possível em razão de um outro direito fundamental.

<sup>161</sup> Apenas a título exemplificativo, veja-se: STJ - REsp: 1185474 SC 2010/0048628-4, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 20/04/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/04/2010)

suas decisões na proteção da coletividade e do próprio indivíduo como uma dessas razões especialmente importantes a justificar a restrição. Ao delimitar o conteúdo essencial justamente a partir das razões relevantes contrárias a uma posição, no entanto, o tribunal acaba por, mesmo sem explicitar tal entendimento claramente, adotar a teoria relativa. Robert Alexy (2015, p. 300) sintetiza:

Se os interesses da coletividade têm, a partir da perspectiva do direito constitucional, um peso maior que o da proteção da configuração da vida privada, então, esses interesses suplantam necessariamente essa proteção. Se eles tiverem um peso maior a partir de alguma outra perspectiva, não podem suplantar a proteção, que, em virtude da Constituição, é obrigatória, e não importa, aqui, se se pressupõe uma teoria absoluta ou uma teoria relativa. *Disso decorre que uma teoria absoluta do conteúdo essencial não pode afirmar que razões mais importantes não prevalecem, mas apenas que não existem razões mais importantes.* (grifou-se)

Se se permite que o direito ceda diante de razões de importância tal que justifiquem a intervenção, a prevalência de um ou outro princípio continua sendo uma relação entre os princípios, não havendo de se falar em situações nas quais este princípio sempre prevalecerá ou aquele sempre cederá. Pode-se, sim, *a priori*, afirmar uma proteção absoluta em condições normais, onde a segurança da proteção seja tão grande que possibilite este entendimento. Porém, em casos complexos, que fogem à normalidade, permanece a relatividade desta proteção, visto que a própria extensão da inexorabilidade da proteção depende da relação entre princípios. Solução outra não seria compatível com a perspectiva do direito constitucional.

Dessa maneira, sobreleva depreender que a própria garantia do conteúdo essencial traz em si ínsita a ideia da máxima da proporcionalidade, advogando, portanto, a favor da aplicação desta máxima. Em comparação com a ideia do mínimo existencial, a preservação do núcleo dos direitos fundamentais, por si só, já comporta uma ponderação entre os direitos dos administrados, os deveres do Estado e a sua capacidade econômica de garantir a prestação de todos os serviços essenciais ao cidadão, ou seja, um sopesamento entre o mínimo constitucionalmente exigido e a reserva do possível. Em outras palavras, os direitos fundamentais são limitados apenas por direitos fundamentais – sejam direitos distintos, ou ainda, o mesmo direito fundamental –; a aplicação combinada dos

princípios deve, pois, promover a máxima realização de seus preceitos em face das possibilidades fáticas e jurídicas de sua aplicação.

Ao discorrer sobre direitos a ações positivas estatais, Alexy faz menção à importância da liberdade fática, real, na concretização dos direitos fundamentais. A liberdade fática é a existência de condições reais para que o sujeito possa exercer seus demais direitos. Assim, correlaciona a liberdade fática à garantia do mínimo existencial, um conceito até então tradicionalmente ligado aos direitos fundamentais sociais, cuja garantia demanda prestações por parte da máquina estatal.

Qualquer tentativa de definição do conteúdo do mínimo existencial enfrenta sérias dificuldades, mesmo no caso do mais simples direito. E a situação se torna ainda mais complexa, porque, no que tange aos direitos a ações estatais positivas, há um inevitável efeito financeiro e, para realizar os direitos prestacionais, o Estado apenas distribui aquilo que recebe nos cidadãos, por exemplo na forma de tributos. Desse modo, impende destacar que o limite dessa intervenção não advém da – sempre presente - necessidade arrecadatória do Poder Público, mas, sim, do respeito aos próprios direitos fundamentais individuais:

Mas isso significa que os frequentemente suscitados limites da capacidade de realização do Estado não decorrem apenas dos bens distribuíveis existentes, mas sobretudo daquilo que o Estado, para fins distributivos, pode tomar dos proprietários desses bens se violar seus direitos fundamentais. (ALEXY, 2015, p. 510)

Nesse esboço, é interessante notar que, muitas vezes, além de colisões entre direitos fundamentais sociais de alguns cidadãos e liberdades de outros, ocorrerão ainda colisões entre direitos fundamentais sociais e direitos de liberdade do mesmo titular de direitos. Como se não bastasse, também podem vir a colidir direitos fundamentais sociais entre si mesmos ou com interesses coletivos<sup>162</sup>.

---

<sup>162</sup> A colisão entre o direito ao trabalho e o direito ao meio ambiente é um exemplo de colisão de dois direitos fundamentais sociais. Além disso, direitos sociais podem colidir com o interesse coletivo, por exemplo, no caso em que a defesa nacional concorra com a realização de direitos sociais em razão da escassez orçamentária e da grande necessidade de recursos que ambos exigem para sua realização. (ALEXY, 2015, p. 511)



Primeiramente, importante esclarecer que nem todo o conteúdo determinado pelos direitos sociais em um dado momento integra a parcela mínima dos direitos fundamentais sociais e que, considerando-se que o peso dos princípios é definido em concreto, o sopesamento, se aplicado em circunstâncias fáticas distintas, pode conduzir a resultados, ou seja, a direitos definitivos também diversos. Por exemplo, durante os momentos de crise econômica, aumenta a necessidade de ampliação do alcance dos direitos fundamentais sociais. Por outro lado, é justamente nesses momentos que há pouco a ser distribuído. Nesta conjuntura, “a existência de direitos fundamentais sociais definitivos<sup>163</sup> – ainda que mínimos – tornaria impossível a necessária flexibilidade em tempos de crise e poderia transformar uma crise econômica em uma crise constitucional” (ALEXY, 2015, p. 513).

É certo que os direitos fundamentais sociais mínimos, especialmente quando muitas pessoas deles necessitam, têm um grande impacto financeiro. Em que pese se reconheça esse fato, o cálculo das consequências econômicas da prestação, por si só, não é argumento suficiente para justificar o descumprimento por parte Estado. Não há princípios absolutos e, por isso, há casos em que direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras, às quais Alexy associa o princípio da competência orçamentária do legislador (2015, p. 512-513). Todos os direitos fundamentais têm o condão de restringir a competência do legislador, aqui inclusa sua competência orçamentária e isso pode, por óbvio, implicar repercussões financeiras.

Além disso, urge repisar que a competência tributária conferida ao legislador é desenhada justamente em função daquilo que ele pode exigir dos particulares, sem violar suas garantias individuais. O cálculo não é feito a partir da divisão dos custos do Estado por todos os contribuintes, mas sim, o oposto: verifica-se primeiro quanto que o Estado pode tirar de cada contribuinte e, a partir daí, o Estado faz suas escolhas prioritárias – são as chamadas “escolhas trágicas”, que são trágicas, porque, inevitavelmente, necessidades outras terão de ser deixadas em segundo plano.

---

<sup>163</sup> Com isso, quer-se dizer que a aplicação da ideia “faça-se justiça, ainda que pereça o mundo” acabaria por fazer perecer o próprio sistema jurisdicional, que, à medida que atua completamente descolado da realidade, acaba por cair em descrédito, perdendo sua legitimidade e, por consequência, sua efetividade.

Os princípios, isoladamente considerados, demandam plena e efetiva proteção e realização. No entanto, consideradas as circunstâncias fáticas e jurídicas da situação analisada, a importância de um princípio pode justificar a restrição de outro – é justamente aí que reside o caráter *prima facie* desta espécie normativa. Percebe-se, assim, que, novamente, a ponderação é o método adequado para solucionar o embate apresentado. Por isso mesmo, o autor alemão conclui: “De acordo com o modelo proposto, o indivíduo tem um direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática tem um peso maior que os princípios formais e materiais colidentes, considerados em conjunto” (ALEXY, 2015, p. 517). Em outros termos, o direito à prestação estatal é garantido quando assim resultar da aplicação das leis de colisão e de ponderação, de modo que, em princípio, não haveria qualquer direito com caráter absoluto.

Traçadas as linhas de nosso raciocínio, afigura-se relevante sua transposição para alguns casos concretos analisados pelo Supremo Tribunal Federal, nos quais a aplicação da teoria alexyana tornaria possível uma decisão racional e objetiva, possibilitando o alcance de uma solução proporcional.

## 5 ANÁLISE DE CASO: INCONSTITUCIONALIDADE DOS BENEFÍCIOS FISCAIS DE ICMS

### 5.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.481/PR e os efeitos temporais da decisão

Em 11 de março de 2015, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.481/PR, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) em face no Governador e da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná, visando impugnar os artigos 1º a 8º e 11 da Lei nº 14.985<sup>164</sup>, de 06/01/2006, do

---

<sup>164</sup> Lei nº 14.985/2006

Art. 1º. O estabelecimento industrial paranaense que realizar a importação, de bem ou mercadoria, através de aeroportos e dos portos de Paranaguá e Antonina, com desembaraço aduaneiro no Estado, poderá beneficiar-se com a suspensão do pagamento do ICMS devido nessa operação:

I - quando tenha por objeto matéria-prima, material intermediário ou secundário, inclusive material de embalagem, para ser utilizado em seu processo produtivo, para a saída dos produtos industrializados do estabelecimento importador;

II - quando tenha por objeto bens para integrar o seu ativo permanente, para os quarenta e oito meses subseqüentes ao da entrada dos bens no estabelecimento importador, na proporção de 1/48 (um quarenta e oito avos) do valor devido ao mês;

III - Vetado

Parágrafo único. O disposto no caput também se aplica à importação de bem ou mercadoria com certificação de origem de países da América Latina, cujo ingresso em território paranaense se dê por rodovia.

Art. 2º. O estabelecimento que realizar a importação dos bens e das mercadorias descritos nos incisos I e III do artigo anterior poderá escriturar em sua conta gráfica, no período em que ocorrer a entrada das mercadorias no estabelecimento, um crédito correspondente a 75% (setenta e cinco por cento) do valor do imposto devido na importação, até o limite máximo de 9% (nove por cento) sobre o valor da respectiva base de cálculo, e que resulte em carga tributária mínima de 3% (três por cento).

Art. 3º. O estabelecimento que realizar a importação dos bens referidos no inciso II do artigo 1º poderá escriturar quarenta e oito meses a contar da entrada dos bens no estabelecimento importador o crédito do imposto devido na operação na proporção de 1/48 (um quarenta e oito) avos ao mês.

Art. 4º. Os créditos de que tratam os artigos 2º, decorrente da importação dos insumos relacionados no inciso I do artigo 1º, e 3º não serão estornados nos casos em que a operação que corresponda à do encerramento da fase de suspensão esteja imune ao imposto em razão de exportação para o exterior, isenta por saída para as Zonas Francas do país, ou sujeita ao regime de deferimento do pagamento do imposto.

Art. 5º. Os estabelecimentos comerciais e demais estabelecimentos de contribuintes do imposto deverão pagar o imposto devido pela importação por ocasião do desembaraço aduaneiro das mercadorias ou bens importados.

Art. 6º. Os estabelecimentos relacionados no artigo anterior poderão utilizar, por ocasião do pagamento, um crédito correspondente a 75% (setenta e cinco por cento) do valor do imposto devido na importação, até o limite máximo de 9% (nove por cento) sobre o valor da respectiva base de cálculo, e que resulte em carga tributária mínima de 3% (três por cento).

Art. 7º. O crédito presumido de que trata esta lei não se aplica às importações de petróleo, combustíveis e lubrificantes de qualquer natureza, veículos automotores, armas e munições, perfumes e cosméticos e nem aos serviços de transporte e de comunicação.

Art. 8º. Em nenhuma circunstância o valor do crédito fiscal em decorrência de importação de bens ou de mercadorias poderá exceder o valor do imposto incidente nessa operação.

[...]

Art. 11. Poder Executivo, através de Decreto, poderá:

Estado do Paraná. O objeto da ação abrangia, ainda, o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 14.985/2006, acrescentado pela Lei nº 15.467, de 09/02/2007, do mesmo Estado.

O fundamento da inconstitucionalidade seria o desrespeito ao artigo 155, § 2º, XII, g<sup>165</sup>, da Constituição Federal, tendo que vista a lei estadual, que concedeu benefícios fiscais do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), fora editada sem prévia aprovação pelo Conselho Fazendário dos Estados (CONFAZ), mediante a celebração de convênio interestadual. Em razão disso, ademais, referida lei teria violado a Lei Complementar nº 24/75<sup>166</sup>.

No mérito da questão de constitucionalidade, o relator, Ministro Luís Roberto Barroso, salientou que, no que tange ao ICMS, a Constituição Federal criou um regime jurídico específico em relação às regras gerais de competência. Isso porque, a competência tributária, repartida constitucionalmente entre os entes da Federação, em regra, abrange também, como consectário lógico, a competência para a

---

I - deixar de conceder o crédito presumido desta Lei, nos casos em que o benefício à importação venha causar prejuízo à indústria, à agricultura ou à economia do Estado, em que possa causar grave dano à arrecadação tributária ou em que haja revogação de benefícios semelhantes concedidos pelos demais Estados da Federação;

II - conceder outros benefícios no âmbito do imposto como forma de compensar as empresas estabelecidas no Estado pela concorrência desleal provocada por favores concedidos à importação de importação de mercadorias e bens por outras Unidades da Federação.

<sup>165</sup> Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

XII - cabe à lei complementar:

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

<sup>166</sup> LEI COMPLEMENTAR Nº 24, DE 7 DE JANEIRO DE 1975: Dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá outras providências.

Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

Parágrafo único - O disposto neste artigo também se aplica:

I - à redução da base de cálculo;

II - à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros;

III - à concessão de créditos presumidos;

IV - à quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus;

V - às prorrogações e às extensões das isenções vigentes nesta data.

desoneração dos tributos inseridos em sua esfera de competência. No entanto, diversamente dos demais tributos, a concessão de benefícios fiscais de ICMS tem como condição a prévia a deliberação entre os Estados-membros, nos termos definidos em lei complementar. Isso se justifica para evitar a chamada “guerra fiscal”, o que decorre da necessidade de preservação do equilíbrio entre os entes, como forma de proteção do pacto federativo.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal manteve a jurisprudência já pacificada quanto ao mérito da ADI: decretou a inconstitucionalidade dos artigos 1º, *caput*, 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 8º e 11 e manteve apenas o parágrafo único do artigo 1º e o artigo 5º da Lei nº 14.985/2006, visto que, no caso do primeiro dispositivo, tradicionalmente, a Corte já vinha entendendo que o mero diferimento do recolhimento do valor devido relativo ao ICMS, sem qualquer redução ou dispensa do valor devido, não configura benefício fiscal, prescindindo, pois, da celebração de prévio convênio entre os Estados-membros. Já o artigo 5º foi mantido, porque ele prevê o pagamento do ICMS pelos importadores por ocasião do desembaraço aduaneiro, o que coincide com o disposto no artigo 12, inciso IX da Lei Complementar nº 87/1996, motivo pelo qual restou afastado qualquer vício.

Adentrando especificamente à questão daquilo que o Supremo Tribunal Federal denomina de “modulação de efeitos temporais”, salientou o Ministro Relator que a decisão da inconstitucionalidade da lei, em si, não gera grande surpresa, por se tratar de benefício fiscal de ICMS concedido sem a prévia celebração de convênio no âmbito do CONFAZ. Apesar disso, com relação aos efeitos da norma no tempo, destacou que o antigo relator da ação adotou o rito previsto no artigo 12 da Lei nº 9.868/1999<sup>167</sup>, razão pela qual a norma manteve-se em vigor por oito anos, gozando de presunção de constitucionalidade. Nesse contexto, conferir efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade “geraria um grande impacto e um impacto injusto para os contribuintes”.

---

<sup>167</sup> Lei nº 9.868/1999

Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

Ato contínuo, o magistrado recomenda, de início, que seus colegas, quando lhes incumbir a relatoria de processos semelhantes, tentem, sempre que possível, pronunciar-se a respeito do pedido cautelar no primeiro momento possível, levando, após, a decisão ao plenário do Tribunal para apreciação. No entanto, não tendo sido deferida a cautelar para suspender a lei impugnada, recomenda-se fortemente a não retroação da decisão.

Além disso, destaca o Ministro Roberto Barroso que o desenho dos efeitos temporais “decorre de um juízo de ponderação que não envolve o chamado princípio da supremacia da Constituição”. A supremacia da Constituição é o que se pretende preservar, é aquilo que justifica a própria existência dos mecanismos de controle de constitucionalidade, de modo que não comporta ponderação; ela é o *resultado* da ponderação. Nos termos do voto condutor do acórdão, a ponderação haveria de ser feita entre a disposição constitucional violada e os princípios da boa-fé e da segurança jurídica e, no contexto legislativo analisado, deveriam prevalecer estes últimos, valendo a decisão a partir da data da sessão de julgamento.

Após proferir seu voto, o Ministro Relator faz questão de tecer alguns esclarecimentos e, ressaltando o quão delicada é a “questão da modulação”, obtempera que a retroação dos efeitos da decisão, neste caso, atingiria de modo mais acentuado os contribuintes paranaenses, que se limitaram a comportar-se nos moldes prescritos pela lei estadual e agora seriam prejudicados pela decisão do Supremo. Argumenta, *in verbis*:

A modulação faz com que, em certa medida, "o crime compense", porque mal ou bem esta lei vigorou desde 2007 até agora quando nós a estamos declarando inconstitucional. A circunstância aqui relevante é que o Ministro Joaquim Barbosa aplicou a técnica do artigo 12, o rito do artigo 12. E por isso levou esses anos todos para julgar.

Por outro lado, Presidente, longe de querer fazer a opção que estimule um comportamento de infração à Constituição, a verdade é que esta lei vigorou por oito anos, portanto, os jurisdicionados e os contribuintes que cumpriram a lei, até porque, enquanto não declarada inconstitucional, vigia o mandamento da sua presunção de constitucionalidade, eu penso que desfazer retroativamente todos esses anos de benefícios seria de um impacto talvez imprevisível e possivelmente injusto em relação, pelo menos, às partes privadas que cumpriram a lei tal como ela foi posta.

A minha sugestão, nesses casos que envolvem guerra fiscal e benefícios fiscais indevidos, por violação do art. 155, § 2º, XII, é que o Tribunal e cada Relator procure se pronunciar, cautelarmente e no primeiro momento possível, em seguida trazendo à bancada, pela suspensão da lei, quando

seja o caso, por violação desse dispositivo, para que ela não vigore por nenhum prazo significativo.

Mas, neste caso que ela vigorou por praticamente oito anos, eu acho que nós precisamos fazer uma ponderação. Qual é a ponderação que se faz? É a ponderação entre a regra da Constituição que foi violada, a que exige a observância de um rito específico, e, do outro lado, a segurança jurídica, a boa-fé, a estabilidade das relações que já se constituíram. Portanto, não se excepciona a incidência da Constituição, na verdade, ponderam-se dois mandamentos constitucionais. Não é o princípio da supremacia da Constituição que está sendo ponderado, o princípio da supremacia da Constituição é imponderável, ele é o pilar do sistema, o que nós estamos fazendo é, dentro da Constituição, ponderando dois valores ou dois dispositivos que têm assento constitucional. E, nestas circunstâncias, eu estarei privilegiando, ao modular, o mandamento da segurança jurídica e da boa-fé, que, a meu ver, milita em favor sobretudo das partes privadas que cumpriram as regras dessa lei. De modo que eu estou, Presidente, propondo a modulação dos efeitos até a data do julgamento, portanto, até a data de hoje<sup>168</sup>.

Divergindo da solução apresentada pelo relator, o Ministro Marco Aurélio argumenta que a generalização da chamada “modulação de efeitos” – que, para ele, seria a fixação de efeitos *ex nunc* aos provimentos que produziriam, em regra, efeitos retroativos – estimularia o descumprimento à lei e que, ademais, o sacrifício de eventuais direitos fundamentais seria o preço - “que, a meu ver, é módico” - a se pagar por viver em um Estado Democrático de Direito, com irrestrita observância aos ditames constitucionais.

Demais disso, os contribuintes não teriam uma situação jurídica aperfeiçoada, porque esta depende da harmonia com a ordem jurídica para ser considerada como tal e que, no caso, já havia reiteradas decisões da Suprema Corte pela inconstitucionalidade de benefícios fiscais sem prévio convênio no âmbito do CONFAZ. Desse modo, a edição de uma lei como a que se punha em questão representaria menoscabo à Carta Maior e negar a produção de efeitos da decisão para o passado não estimularia os cidadãos a cumprir as disposições constitucionais em vigor.

---

<sup>168</sup> O Ministro Teoria Zavascki sugere que a produção de efeitos da decisão tenha como marco temporal a data de publicação da ata do julgamento. A Ministra Cármen Lúcia, por sua vez, entende que se crie uma solução em conformidade com as circunstâncias peculiares de cada caso. Após discutirem a respeito, os ministros convencionaram que, em especial a partir da criação da TV Justiça, com a transmissão nacional das sessões de julgamento, bem como a criação da página do Supremo Tribunal Federal na *Internet*, elevou-se significativamente o nível de publicidade das decisões, de modo que não seria mais necessária a efetiva publicação da decisão na imprensa oficial para tornar conhecida a decisão. Ademais, na visão dos ministros, postergar o marco temporal de produção de efeitos da decisão propiciaria que o Estado do Paraná se beneficiasse por mais tempo de uma lei já reputada inconstitucional.

Na ocasião, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou parcialmente procedente o pedido para decretar a inconstitucionalidade do art. 1º, inciso II, e dos artigos 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 8º e 11 da Lei nº 14.985, de 06 de janeiro de 2006, do Estado do Paraná, e, por maioria, modelou os efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, que só produziria efeitos a partir da sessão de julgamento, restando vencido o Ministro Marco Aurélio, que entendia que os efeitos da decisão deveriam retroagir, atingindo também o passado.

O Governador do Estado do Paraná opôs embargos de declaração em face da decisão, momento no qual impugnou o desenho temporal dos efeitos do *decisum*, requerendo que o pronunciamento apenas passasse a produzir efeitos a partir do julgamento da ADI nº 4.479/SC, em que se discutia o mesmo benefício julgado inconstitucional na ação em questão.

Alega o Governador que a fixação do *dies a quo* dos efeitos da decisão como o dia da sessão de julgamento teria violado a segurança jurídica, a boa-fé e a estabilidade das relações jurídicas, justamente os valores que se tentaram, na verdade, tutelar com a fixação de um marco temporal distinto da data da edição da lei reputada inconstitucional. Justifica que as ações de inconstitucionalidade que discutem o mesmo benefício fiscal deveriam ser julgadas simultaneamente, como forma de se evitar que a decisão acabe por, na verdade, acirrar a chamada “Guerra Fiscal” entre os Estados.

Os embargos de declaração, até a data de conclusão do presente trabalho encontravam-se pendentes de julgamento. Não obstante, faz-se mister destacar que a ADI nº 4.479/SC foi julgada prejudicada em 02/03/2017, por perda superveniente do objeto, tendo em vista que os dispositivos legais impugnados (artigos 8º, 17, 20, 27 e 28 e o inciso II do art. 15 da Lei nº 13.992, de 15/02/2007) foram revogados pela Lei nº 15.499/2011, também editada pelo Estado de Santa Catarina.

Nessa toada, torna-se curial observar que a ADI nº 4.479 foi ajuizada em 26/10/2010, ao passo que a lei revogadora foi editada em 20/06/2011. A jurisprudência do STF é assente em reconhecer a prejudicialidade da ação direta



quando, após o seu ajuizamento, sobrevém a revogação ou cessa a eficácia da norma impugnada no processo objetivo<sup>169</sup>.

A situação narrada deixa transparecer outra deficiência da teoria da nulidade *ab initio* da lei inconstitucional, para a qual, inclusive, já se alertou no decorrer do presente trabalho: nos processos de controle abstrato, a atuação do STF assemelha-se à atividade legislativa. No entanto, os atos de revisão sistêmica editados pelo legislador teriam vigência *ex nunc* ou *pro futuro* – a depender do período de *vacatio legis* – ao passo que as decisões judiciais de controle teriam efeitos *ex tunc*, o que seria um contrassenso.

Ademais, estimula-se – aí sim – o descumprimento dos preceitos constitucionais, visto que o legislador, sabendo ser a lei contrária à Carta Maior, e já prevendo a decisão no sentido de sua inconstitucionalidade, pode revogar o dispositivo, convalidando, deste modo, os efeitos já produzidos pelo texto legal<sup>170</sup>.

<sup>169</sup> “– A cessação superveniente da eficácia da lei argüida de inconstitucional inibe o prosseguimento da ação direta de inconstitucionalidade (...). – A extinção anômala do processo de controle normativo abstrato, motivada pela perda superveniente de seu objeto, tanto pode decorrer da revogação pura e simples do ato estatal impugnado, como do esgotamento de sua eficácia, tal como sucede nas hipóteses de normas legais destinadas à vigência temporária.” (RTJ 152/731-732, Rel. Min. Celso de Mello).

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – DERROGAÇÃO DO ART. 2º DA LEI Nº 9.783/99, RESULTANTE DA SUPERVENIENTE EDIÇÃO DA LEI Nº 9.988/2000 – EXTINÇÃO ANÔMALA, NESSE PONTO, DO PROCESSO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – QUESTÃO DE ORDEM QUE SE RESOLVE NO SENTIDO DA PREJUDICIALIDADE PARCIAL DA AÇÃO DIRETA. – A superveniente revogação – total (abrogação) ou parcial (derrogação) – do ato estatal impugnado em sede de fiscalização normativa abstrata faz instaurar, ante a decorrente perda de objeto, situação de prejudicialidade, total ou parcial, da ação direta de inconstitucionalidade, independentemente da existência, ou não, de efeitos residuais concretos que possam ter sido gerados pela aplicação do diploma legislativo questionado. Precedentes.” (RTJ 187/116, Rel. Min. Celso de Mello)

Também neste sentido: RTJ 154/396, Rel. Min. Celso de Mello – RTJ 154/401, Rel. Min. Paulo Brossard – ADI 117/PR, Rel. Min. Celso de Mello – ADI 437/DF, Rel. Min. Celso de Mello – ADI 519/DF, Rel. Min. Moreira Alves – ADI 747/TO, Rel. Min. Moreira Alves – ADI 973/AP, Rel. Min. Roberto Barroso – ADI 1.823/DF, Rel. Min. Teori Zavascki – ADI 2.105/DF, Rel. Min. Celso de Mello – ADI 2.263/SE, Rel. Min. Celso de Mello – ADI 2.840-QO/ES, Rel. Min. Ellen Gracie – ADI 2.942/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes – ADI 4.035/DF, Rel. Min. Rosa Weber – ADI 4.061/DF, Rel. Min. Luiz Fux – ADI 4.855/RO, Rel. Min. Dias Toffoli – ADI 4.939/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

<sup>170</sup> Na decisão monocrática proferida nos autos da ADI nº 4.475, o Ministro Celso de Mello transcreve trecho da petição protocolada pela Procuradoria-Geral da República em que se esclarece que o entendimento acerca da perda de objeto da ação direta com a revogação do ato normativo comporta exceções, na medida em que tem sido relativizado quando configurada fraude processual, destinada a driblar o exame do mérito da questão de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. No entanto, a Procuradoria observa que, nas ocasiões em que se reputou a ocorrência de fraude processual, o ato impugnado foi revogado por outro que trouxe novo tratamento para a mesma matéria, mas de modo muito semelhante do original, o que, entretanto, não ocorreu no caso em análise, em que a nova legislação tem objeto distinto dos dispositivos originalmente atacados, e com ele não se confunde. Ocorre que não é difícil notar que, independentemente da reedição de nova lei

### 5.1.1 ANÁLISE DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECISÃO PROFERIDA À LUZ DA TEORIA DE ROBERT ALEXY

Antes de promovermos a aplicação da lei de colisão ao caso apresentado, é importante destacar que o pronunciamento de inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 14.985/2006, editada pelo Estado do Paraná, implicaram em verdadeira mudança no regime jurídico ao qual os jurisdicionados estavam vinculados. Resta, pois, nítido, o caráter constitutivo da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional. Apenas a partir da manifestação dos ministros do Supremo Tribunal Federal, autoridades competentes para interpretar e salvaguardar a Constituição Federal, é que os enunciados normativos tornaram-se inválidos, deixando, assim, de integrar o ordenamento jurídico.

Entretanto, com o fito de otimizar os princípios constitucionais que ficam sensibilizados quando há repentina mudança no sistema, admite-se que o Tribunal Constitucional modele os efeitos no tempo da decisão de inconstitucionalidade.

Assim, passa-se agora à análise do desenho dos efeitos temporais do pronunciamento de inconstitucionalidade no tempo sob o prisma da teoria desenvolvida por Robert Alexy, a fim de conferir a máxima efetividade aos direitos fundamentais tutelados, considerando-se as circunstâncias fáticas e jurídicas adjacentes ao pronunciamento da Corte.

Nessa senda, essencial repisar que a análise da modelação temporal dos efeitos da decisão constitui questão diversa da decisão de mérito acerca da constitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado. Ou seja, o julgamento é feito de maneira bifásica: primeiro, aprecia-se a compatibilidade da lei ou ato normativo com o texto constitucional; após, havendo decisão de inconstitucionalidade, o Tribunal deve apreciar o marco temporal de produção de efeitos da decisão, optando por aquela solução que confira maior proteção aos direitos envolvidos. Não é por outro motivo

---

disciplinando a matéria de modo análogo, protraindo-se a inconstitucionalidade no tempo, fato é que, com a revogação, o Estado garante a conservação dos efeitos já produzidos pelo ato normativo impugnado, o que estaria claramente em risco caso tivesse sequência a apreciação jurisdicional do dispositivo, sobretudo à luz da teoria da nulidade absoluta da lei inconstitucional.

que, nos autos da ADI nº 4.481, a inconstitucionalidade foi decretada à unanimidade, ao passo que a modelação temporal foi definida por maioria.

Passemos, pois, à ponderação. Logo de início, há de se definir os princípios colidentes. Segundo o Ministro Roberto Barroso, a supremacia da Constituição não entra em colisão, pois ela é imponderável. O que se pondera são duas “normas do texto constitucional”<sup>171</sup>. No caso da ADI nº 4.481, o ministro entende que a ponderação ocorre entre a “disposição constitucional tida por violada e os princípios da boa-fé e da segurança jurídica” e que, na situação em comento, estes últimos deveriam prevalecer.

Não é preciso uma avaliação muito acurada para perceber que, ao proceder àquilo que denominou “ponderação”, o ministro confunde as duas etapas da decisão. Explica-se: a disposição constitucional que se teve por violada na hipótese trazida à apreciação, qual seja, o artigo 155, § 2º, XII, g da Constituição Federal consigna, *in verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...]

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

[...]

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

[...]

XII - cabe à lei complementar:

[...]

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

Nota-se que o dispositivo constitucional indicado determina que a concessão e revogação de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao ICMS deve seguir o procedimento regulado em lei complementar. A lei a que se refere o artigo é a Lei Complementar nº 24/1975, que determina, já em seu artigo 1º, que eventuais

<sup>171</sup> Em explicação consignada à página 31 do acórdão da ADI nº 4.481, o ministro consigna que este entendimento foi inspirado nas lições de Ana Paula de Oliveira Ávila. Ana Paula de Oliveira Ávila. (*Determinação dos efeitos do controle de constitucionalidade: possibilidades e limites*, 2002).

desonerações do imposto dependem de prévio convênio celebrado e ratificado pelos Estados<sup>172</sup>.

Com base na teoria de Robert Alexy, a exigência constitucional de observância da lei complementar para a concessão ou revogação de qualquer forma de desoneração do ICMS que, em última análise, implica na necessidade de celebração de prévio convênio entre os Estados e o Distrito Federal, conforme consta da Lei Complementar nº 24/1975, reveste-se do caráter de regra, motivo pelo qual não há de se cogitar na aplicação da lei de ponderação, visto que esta se destina a solucionar colisões entre *princípios*. No que tange às *regras*, havendo divergências entre estas, devem ser aplicadas os critérios específicos voltados à solução de conflitos de regras. E foi justamente o procedimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal ao decretar a inconstitucionalidade da lei estadual: verificou um conflito entre a regra prevista na lei estadual e aquela prevista na Constituição Federal. Assim, com base no critério hierárquico, a Corte solucionou a antinomia enfrentada, retirando a validade da norma editada pelo Estado do Paraná.

Admite-se, aqui, a tese sustentada pelo Ministro Roberto Barroso, calcada na ideia de Ana Paula Ávila no sentido de que a supremacia da Constituição não é um dos preceitos que devem ser ponderados; a supremacia, bem como a máxima efetividade do texto constitucional são, antes, nortes do sopesamento.

No entanto, diversamente do que Luís Roberto Barroso e Ana Paula Ávila sustentam, na apreciação do desenho temporal dos efeitos temporais do provimento, não é necessariamente o dispositivo constitucional que fundamentou a decisão de inconstitucionalidade que entra na ponderação; são outras as normas

---

<sup>172</sup> Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

Parágrafo único - O disposto neste artigo também se aplica:

I - à redução da base de cálculo;

II - à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros;

III - à concessão de créditos presumidos;

IV - à quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus;

V - às prorrogações e às extensões das isenções vigentes nesta data.

constitucionais que entram em embate. Em primeiro lugar não o é porque, especificamente no caso em análise, o dispositivo violado, qual seja: o artigo 155, § 2º, XII, *g* tem caráter de regra. Ou seja, a concessão e revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais deve ser feita nos termos da regulamentação prevista em lei complementar, que exige prévia celebração de convênio interestadual.

No caso em comento, admitir a ponderação da referida disposição constitucional, sim, violaria a ideia de supremacia da Constituição. O que ocorre é que, ainda que afirmada a contrariedade da lei com o texto constitucional, no que tange aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, estão envolvidos direitos outros, também dignos da proteção constitucional, que podem justificar a manutenção dos efeitos já produzidos por essa lei. A relação entre o tempo e o Direito é muito delicada, de modo que a modelação dos efeitos do pronunciamento jurisdicional, quase na totalidade das vezes, envolverá uma relação aparentemente antagônica entre direitos fundamentais.

Na hipótese em apreço, entendemos ser aplicável, na verdade, a irretroatividade tributária, insculpida no artigo 150, III da Constituição Federal, que veda aos entes federativos a cobrança de tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado. À luz da teoria de Robert Alexy, a irretroatividade tributária seria uma regra, e não, um princípio. Isso porque, embora haja a previsão de regras de exceções, o preceito simplesmente incide ou não incide no caso concreto, ou seja, não comporta gradação. Isto posto, da aplicação da regra da irretroatividade tributária, infere-se que anulação da lei em razão da decisão de inconstitucionalidade apenas deve produzir efeitos prospectivos.

Ainda que assim não fosse, é inegável que a garantia de irretroatividade materializa a proteção da segurança jurídica. Dessarte, ainda que despicienda a aplicação da lei de ponderação, inegável que, na hipótese, está em jogo a segurança jurídica dos jurisdicionados, contribuintes do Estado do Paraná, que se comportaram nos moldes prescritos pelo Estado e confiaram, de modo legítimo que, procedendo da forma tal qual ordenada por lei, não se sujeitaram a quaisquer sanções. Eurico de Santi e Thiago Sorrentino (2015) bem resumiram o embate:

Na ADI 4.481, a colisão se deu entre a expectativa à declaração de inconstitucionalidade de benefício fiscal e a expectativa dos contribuintes à estabilidade de suas relações com as autoridades fiscais estaduais, fundadas no texto legal impugnado.

A questão era qual seria o mal maior: (i) tolerar a manutenção dos benefícios inconstitucionais, por um período de tempo determinado; (ii) ou impor a inúmeros contribuintes o ressarcimento de dano ao qual não deram causa?

Certamente, a Constituição repudia normas que com ela não são compatíveis. Porém, as consequências da declaração de inconstitucionalidade pura e simples recairiam sobre os contribuintes que não tinham opção senão seguir a legislação que lhes foi imposta por um ente federado por representantes políticos legitimados pelo voto e para a criação de leis.

A favor dos contribuintes paranaenses, temos, ainda, o fato de a lei ter vigorado durante oito anos com presunção de constitucionalidade, vinculando-os, sem que sequer fosse cautelarmente suspensa pelo Supremo Tribunal Federal, o que confere ainda mais legitimidade à expectativa dos jurisdicionados na manutenção dos dispositivos. Nessa toada, calha observar que “o tempo em que o contribuinte seguiu orientações firmadas em legislação, na jurisprudência ou na prática aceita pelas autoridades fiscais é diretamente proporcional ao fortalecimento da confiança na adequação e na correção da conduta prescrita” (SANTI e SORRENTINO, 2015).

Do outro lado, temos os contribuintes dos demais Estados e Distrito Federal e a sociedade como um todo, tendo em vista que a regra constitucional tem por fundamento a proteção de um princípio constitucional sensível, qual seja, a forma federativa de Estado. Assim, a norma alicerça-se na necessidade de manutenção da estabilidade do pacto federativo. Afigura-se, pois, razoável que os contribuintes dos Estados, negativamente atingidos pela lei desonerativa editada pelo Estado do Paraná, esperem, legitimamente, que o Poder Judiciário decrete a inconstitucionalidade de uma lei estadual que concede desonerações fiscais de ICMS sem respeitar as exigências constitucionais para tanto.

Em seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso revelou, ainda, uma preocupação em não deixar que o “crime compense”. Com base neste entendimento, sustentou o caráter excepcional da manutenção dos efeitos da lei até a decretação de sua inconstitucionalidade. Em que pese a preocupação externada, fica a seguinte reflexão: compensa para quem? Porque, sob a ótica do contribuinte, ele não

cometeu ilegalidade alguma – muito pelo contrário: por vezes, confiando na estabilidade do sistema, fez vultosos investimentos, instalando-se em determinado Estado, levando em conta que os incentivos fiscais possibilitariam o retorno financeiro em um prazo determinado, e ainda terá de arcar, injustamente, com os prejuízos da decisão, oriundos da anulação de um ato sobre o qual ele não teve qualquer participação. Aqui, calha registrar que a situação que se afigura é, na verdade, diametralmente oposta: atribuindo o Tribunal retroatividade máxima à decretação de inconstitucionalidade, o Estado-membro ganhará duas vezes, pois, mesmo tendo sido ele próprio o responsável por quaisquer vícios em sua legislação, será premiado por sua conduta, pois, além de obter o retorno de investimentos e geração de renda que normalmente acompanha (e motiva) a criação dos benefícios fiscais, poderá, após a decisão, reaver todas as receitas tributárias às quais havia renunciado<sup>173</sup>.

Vê-se, assim, que haveria verdadeira transcendência da penalidade aplicada: a decisão de inconstitucionalidade da referida lei puniria o cidadão, quando, na verdade, o responsável pela edição do ato eivado de vícios fora o Estado-membro. Além disso, abalaria severamente a confiança no sistema – isso sem sequer adentrarmos às consequências da decisão sobre o mercado, a geração de empregos e demais aspectos econômicos -, visto que o contribuinte que seguiu à risca o comportamento prescrito pelo Poder Público teria de arcar com os ônus decorrentes da correção do vício oriundo da própria atuação estatal.

Com relação aos tributos indiretos, como é o caso do ICMS, a situação se torna ainda mais danosa, pois os valores cobrados são repassados diretamente ao consumidor final, ou seja, é o consumidor quem arca com o ônus financeiro do tributo, sendo, por isso, também denominado “contribuinte de fato”. Não obstante, no eventual caso de retroação absoluta da inconstitucionalidade de uma lei desonerativa, a responsabilidade pelo pagamento dos valores pretéritos seria

---

<sup>173</sup> Entendemos que há outros meios de coibir a conduta lesiva por parte do ente federativo, tais como a responsabilização de seus gestores e das autoridades responsáveis pela edição do dispositivo, no caso de leis patentemente contrárias à Constituição. No entanto, a discussão foge ao objeto do presente trabalho, ficando a reflexão em aberto, a ser tratada em trabalhos futuros. Hans Kelsen já afirmara que a constitucionalidade da legislação poderia ser garantida por “dois meios distintos: a responsabilidade pessoal do órgão que promulgou a norma inconstitucional e a inaplicação dessa norma”. (KELSEN, 2007, p. 302-303)

atribuída diretamente ao chamado “contribuinte de direito”, ou seja, às empresas em geral, sem que estes tivesse sequer a oportunidade de repassar ao “contribuinte de fato” o valor recolhido aos cofres públicos.

Procedendo ao sopesamento dos princípios envolvidos, temos que: tanto a produção de efeitos *ex nunc* da decisão, quanto sua modelação para o passado são medidas aptas a fomentar a segurança jurídica dos contribuintes e o equilíbrio do pacto federativo, respectivamente, de modo que ultrapassam a máxima parcial da adequação.

Além disso, a retroação dos efeitos até a data da edição da lei estadual que instituiu os benefícios fiscais, limitada apenas pelas regras de prescrição e decadência, é necessária, já que não há nenhuma outra medida que tutele, em grau idêntico, o princípio federativo e as legítimas expectativas dos demais Estados, do Distrito Federal e dos cidadãos brasileiros em geral.

Por outro lado, não há outra forma que proteja tanto a segurança jurídica dos contribuintes do Estado do Paraná quanto a definição de produção de efeitos *ex nunc*, ou seja, somente a partir de pronunciada a inconstitucionalidade. Desse modo, nota-se que ambas as soluções ultrapassam a máxima parcial da necessidade, visto que não há meio menos gravoso igualmente eficiente na proteção desses direitos fundamentais. Por esta razão, torna-se necessário proceder à aplicação da “lei de ponderação”, também chamada de “lei do peso”, etapa na qual se aplica a proporcionalidade em sentido estrito.

A fórmula do peso é instrumento racional que possibilita que, a partir da construção de uma fundamentação adequada, o julgador atinja um resultado razoável, minimamente previsível e controlável. A metáfora do peso representa uma balança em que, colocadas as consequências advindas de se privilegiar ou sacrificar cada um dos princípios, torna-se possível decidir qual deles deve prevalecer – aquele que, dentre ambos, possa gerar mais benefícios, ao menor custo possível.

Em síntese, nesta fase, serão considerados: (i) o grau de afetação de cada um dos princípios colidentes, ou seja, a intensidade da intervenção; (ii) o grau de



importância do cumprimento de cada um desses princípios, ou seja, o fundamento da intervenção, definindo-se a relevância da realização do princípio oposto; e (iii) o grau de intervenção, ou seja, as consequências jurídicas advindas da prevalência de um deles, e qual o prejuízo que isso acarretaria ao princípio preterido.

Nota-se, pois, que a lei do peso reflete uma relação de precedência condicionada às circunstâncias do caso concreto.

Tanto a segurança jurídica dos contribuintes paranaenses, quanto o princípio federativo são de cumprimento igualmente relevante. No entanto, em razão de todas as circunstâncias já enumeradas, percebe-se que a prevalência do princípio da segurança jurídica, especificamente no caso em comento, afeta em menor grau o princípio federativo e as expectativas dos contribuintes localizados nos demais Estados do que a situação oposta.

Em síntese, isso ocorre porque a invalidação da lei para o passado, na hipótese analisada: (i) não servirá como sanção para o ente federativo responsável pela edição do ato normativo impugnado, porque, como visto, o ônus pela invalidação atingirá, tão somente, os contribuintes, que não cometeram qualquer ilicitude; (ii) não corrigirá, para o passado, as vantagens que o Estado-membro pretendeu alcançar com a edição do ato normativo, que normalmente envolve tornar-se atrativo para a instalação de empresas, o que acaba por gerar emprego e renda, resultando em crescimento e desenvolvimento para a região – na verdade, estes efeitos já foram inegavelmente produzidos, e, neste caso, o passado não pode ser transformado pela linguagem do Direito -. (iii) a retroação da decisão de inconstitucionalidade, inclusive, premiará o Estado-membro, que após beneficiar-se de referidas vantagens, receberá de volta dos contribuintes, todos os incentivos fiscais que lhes foram concedidos.

Por outro olhar, a produção de efeitos *ex nunc* do provimento de inconstitucionalidade pouco afetará o princípio federativo, visto que os efeitos danosos para os demais Estados-membros, Distrito Federal e demais contribuintes já se consolidaram e não seriam reparados pelo recolhimento dos valores retroativos aos cofres do Estado do Paraná. A invalidação retroativa apenas serviria para que

os contribuintes desconfiassem de qualquer hipótese desonerativa de ICMS criada pelos Estados, o que poderia realmente desestimular a instalação de algumas empresas para as quais o benefício fosse fator preponderante na escolha do local. Contudo, com relação às empresas já localizadas no território do referido Estado-membro, não há qualquer outra opção a ser tomada, a não ser desconfiar de sua legislação, visto que não seria uma opção do jurisdicionado portar-se de maneira diversa da prescrita no ordenamento jurídico estadual.

Assim, a segurança jurídica dos contribuintes paranaenses, consideradas as circunstâncias em comento, ganha maior peso concreto, motivo pelo qual deve gozar de uma relação de precedência<sup>174</sup> com relação à proteção do princípio federativo e das legítimas expectativas dos contribuintes dos demais Estados-membros e do Distrito Federal. Desse modo, revela-se adequada, à luz da teoria de Robert Alexy, a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de manter incólumes as relações jurídicas consolidadas sob a égide da Lei nº 14.985/2006, fazendo valer o provimento jurisdicional apenas a partir da respectiva decretação da inconstitucionalidade dos dispositivos atacados<sup>175</sup>.

---

<sup>174</sup> Interessante notar que, nos autos da ADI nº 429/CE, em caso semelhante, envolvendo a concessão de benefício fiscal de ICMS sem a celebração de convênio interestadual, o Supremo Tribunal Federal decretou a inconstitucionalidade do § 2º do artigo 192 da Constituição cearense, que concedia isenção de ICMS aos implementos e equipamentos destinados aos deficientes físicos auditivos, visuais, mentais e múltiplos, bem como aos veículos automotores de fabricação nacional com até 90 HP de potência adaptados para o uso de pessoas portadoras de deficiência. Na ocasião, considerando a burocracia que os portadores de deficiência normalmente têm de enfrentar para fazer jus à isenção, houve por bem “declarar” a inconstitucionalidade, sem a pronúncia de nulidade por um prazo de doze meses, a fim de preservar a legítima expectativa dos jurisdicionados. Com isso, conferiu efeitos *pro futuro* à decisão de inconstitucionalidade, em razão da necessidade de se tutelar a segurança jurídica.

<sup>175</sup> No dia 08/03/2017, o STF julgou as ADIs nº 2663/RS e nº 3796/PR, que também impugnavam leis estaduais que concederam benefícios fiscais de ICMS sem prévia celebração de convênio interestadual. Em ambos os casos, o Ministro Luís Roberto Barroso suscitou, de ofício, a questão da modelação dos efeitos temporais. Na ADI nº 2663/RS, o ministro afirmou que, contra os efeitos prospectivos pendiam a questão de se tratar de jurisprudência consolidada do Tribunal e também a clareza do dispositivo constitucional. Por outro lado, ressaltou que a lei estava vigendo há quinze anos e que, ademais não se tratava de “inconstitucionalidade chapada” – o dispositivo em xeque possibilitava a concessão de incentivos fiscais para empresas que patrocinassem bolsas de estudo para professores que necessitassem complementar a formação pedagógica, ingressando em curso superior. Desse modo, decidiram os ministros conferir efeitos *ex nunc* à decisão de inconstitucionalidade, entendendo que aqueles que se beneficiaram da lei não poderiam ser compelidos a devolver ou pagar os tributos.

Na ADI nº 3796/PR, inclusive, os ministros rejeitaram os argumentos apresentados pelo Governador do Estado, mas, em razão da causa de pedir aberta, típica das ações de controle abstrato, proclamaram a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados com base na guerra fiscal. Também de ofício, os ministros propuseram a produção de efeitos prospectivos, por se tratar de lei anterior, que vigorou por muitos anos. Afirmaram os ministros terem percebido que, nos casos em que a lei

## 6 ANÁLISE DE CASO: OS JULGAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DO DIREITO A CRÉDITO DE IPI NAS AQUISIÇÃO DE INSUMOS DESONERADOS

### 6.1 Recurso Extraordinário nº 353.657/PR e a aquisição de insumos tributados à alíquota zero e não tributados

No recurso extraordinário nº 353.657/PR decidiu o Supremo Tribunal Federal pela inexistência de direito ao creditamento dos valores do Imposto Sobre Produtos Industrializados (IPI) na aquisição de insumos tributados à alíquota zero e não tributados. O acórdão restou assim ementado:

IPI - INSUMO - ALÍQUOTA ZERO - AUSÊNCIA DE DIREITO AO CREDITAMENTO. Conforme disposto no inciso II do § 3º do artigo 153 da Constituição Federal, observa-se o princípio da não-cumulatividade compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores, ante o que não se pode cogitar de direito a crédito quando o insumo entra na indústria considerada a alíquota zero. IPI - INSUMO - ALÍQUOTA ZERO - CREDITAMENTO - INEXISTÊNCIA DO DIREITO - EFICÁCIA. Descabe, em face do texto constitucional regedor do Imposto sobre Produtos Industrializados e do sistema jurisdicional brasileiro, a modulação de efeitos do pronunciamento do Supremo, com isso sendo emprestada à Carta da República a maior eficácia possível, consagrando-se o princípio da segurança jurídica” (RE nº 353.657/PR, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 7/3/08).

A decisão foi escolhida como objeto de análise do presente trabalho por suas ricas oportunidades de debate quanto aos efeitos temporais das decisões que inovam na ordem jurídica, modificando posicionamento anterior da Corte.

Além disso, em conjunto com o RE nº 370.682, marcou a uniformização do posicionamento do Supremo Tribunal Federal no que tange à possibilidade ou não de creditamento na aquisição de insumos tributados à alíquota zero e não tributados.

---

vigorou por muitos anos, a produção de efeitos *ex tunc* da decisão de inconstitucionalidade penaliza o contribuinte que cumpriu a lei. O Ministro Gilmar Mendes salientou ainda que “Isso gera uma série de problemas, pois o Ministério Público, por vezes, entra com ação de improbidade contra o gestor, pede-se a repetição do indébito, isso provoca uma desarrumação geral, em especial quando as empresas lá já se instalaram, acreditaram de boa-fé na sistemática”.

Tais decisões não foram analisadas em minúcias no presente trabalho, porque ainda não foi disponibilizada a decisão, nem as notas taquigráficas do julgamento. No entanto, os julgamentos podem ser assistidos no seguinte *link*: <<https://www.youtube.com/watch?v=LdKWZBnSzs>>.

Para contextualizar a questão, torna-se mister traçar um breve histórico da discussão envolvendo os créditos de IPI na aquisição de produtos isentos, tributados à alíquota zero e não tributados.

A discussão em relação ao creditamento na cadeia do IPI teve início no dia 05 de março de 1998, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal decidiu, no RE nº 212.484, pelo direito de crédito na aquisição de tributos isentos<sup>176</sup>.

Em 18 de dezembro de 2002, no entanto, chegaram ao Plenário três recursos extraordinários que pretendiam a extensão do direito ao creditamento também à aquisição de insumos tributados à alíquota zero. Naquela ocasião, sendo único vencido novamente o Ministro Ilmar Galvão, decidiram os ministros que não haveria razão em diferenciar a isenção e alíquota zero para fins do creditamento, visto que seu efeito prático era idêntico, qual seja, a desoneração<sup>177</sup>. Em face das decisões, foram opostos embargos de declaração<sup>178</sup>.

No dia 10 de abril de 2003, o Ministro Ilmar Galvão, vencido em ambas as ocasiões anteriores, levou ao Plenário o RE nº 370.682, e reabriu-se a discussão da matéria sobre o creditamento do IPI no caso de alíquota zero.

Os embargos de declaração opostos nos autos de RE nº 350.446 foram julgados no dia 15 de fevereiro de 2007, mas a Fazenda Nacional opôs novos aclaratórios.

---

<sup>176</sup> O relator inicial no feito foi o Ministro Ilmar Galvão. Votaram os Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octávio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim; ausentes os Ministros Carlos Velloso e Celso de Melo. Na ocasião, o Ministro Ilmar Corrêa foi o único vencido, motivo pelo qual o Ministro Nelson Jobim foi designado o relator para o acórdão.

<sup>177</sup> Votaram os Ministros Moreira Alves, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão (único vencido), Nelson Jobim (relator), Ellen Gracie (que substituiu o Ministro Octávio Gallotti e Gilmar Mendes (que sucedera o Ministro Néri da Silveira). Estava impedido o Ministro Maurício Corrêa.

<sup>178</sup> IPI - Alíquota zero

Embargo de Declaração no Recurso Extraordinário 350.446: União x Nutriara Alimentos Ltda.

Embargo de Declaração no Recurso Extraordinário 353.668: União x Dallegrave Madeiras S/A

Embargo de Declaração no Recurso Extraordinário 357.277: União x Cooperativa Vinícola Garibaldi Ltda.

Relator: Ministro Nelson Jobim

Desse modo, em 25 de junho de 2007 por ocasião do julgamento do RE nº 353.657, estavam pendentes de julgamento os embargos declaratórios opostos contra a decisão fixada nos processos anteriores, que apontava no sentido de se aplicar aos produtos tributados à alíquota zero o entendimento sedimentado pelo STF nos casos de isenção.

Registra o Ministro Nelson Jobim:

Srs. Ministros, essa temática tem uma grande complexidade e, em conversa com o Ministro Marco Aurélio – o que tem a vista dos três embargos declaratórios e é o Relator de um processo original, ou seja, o que vamos começar -, tendo em vista que houve sustentação oral nos casos anteriores e, em relação à matéria hoje embargada, a alteração substancial da composição do Tribunal de quando se votou originalmente, entendi conveniente que esse assunto deveria ser reaberto, iniciando o debate sobre o tema com a votação do recurso extraordinário do Ministro Marco Aurélio, porque esta decisão, que poderá ou não ser igual às anteriores, consolidará em relação às demais.

Sinteticamente, no mérito, o Tribunal teceu distinção entre os institutos da isenção, da não tributação e da aplicação da alíquota zero, motivo pelo qual reputou inaplicável a situação em análise (alíquota zero e não tributação) o entendimento da Corte firmado no caso da isenção (RE nº 212.484)<sup>179</sup>. Não nos cabe aqui promover uma análise quanto ao acerto da decisão, mas tão somente a seus efeitos temporais, objeto do presente trabalho.

Nessa toada, antes do fim do julgamento, o Ministro Ricardo Lewandowski suscitou questão de ordem quanto à eventual concessão de efeitos prospectivos à decisão proferida “tendo em conta a alteração na jurisprudência até agora assentada por esta Corte – e por uma estreita maioria hoje”.

Após tecer respeitável explanação acerca dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, o ministro aduziu que, em que pese a ausência de definitividade dos precedentes que inspiraram as expectativas dos contribuintes, a maior parte dos juízes e tribunais vinha privilegiando o entendimento manifestado pelo STF. Concluiu, portanto, pela necessidade de se conferir efeitos prospectivos à

---

<sup>179</sup> Restaram vencidos os Ministros Cezar Peluso, Nelson Jobim, Sepúlveda Pertence, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello.

decisão, visto que a proteção ao princípio da segurança jurídica demanda que se evitem alterações abruptas, que tragam instabilidade aos administrados:

Bem, como é do conhecimento de todos, em duas ocasiões anteriores, a última em 18.12.2002, o Plenário desta Suprema Corte manifestou-se favoravelmente, por ampla maioria, ao creditamento do IPI nas operações de que tratam os recursos sob exame.

E com base nessas decisões foram tomadas várias outras, de caráter monocrático, neste Tribunal, e de natureza coletiva, no Superior Tribunal de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais.

Em pesquisa que realizei, pude perceber que, não obstante a tendência que aqui se manifestava acerca da mudança do entendimento sobre a matéria, praticamente todos os Tribunais Regionais Federais e mesmo os magistrados de primeira instância da Justiça Federal continuaram a prestigiar a jurisprudência predominante na Corte.

[...]

Por tal motivo, e considerando que não houve modificação no contexto fático e nem mudança legislativa, mas sobreveio uma alteração substancial no entendimento do STF sobre a matéria, possivelmente em face de sua nova composição, entendo ser conveniente evitar que um câmbio abrupto de rumos acarrete prejuízos aos jurisdicionados que pautaram suas ações pelo entendimento pretoriano até agora dominante.

Tathiane dos Santos Piscitelli (2011, p. 246), ao analisar o caso, registra que “o grande vilão contra a segurança jurídica foi o fato de as decisões não terem, ainda, transitado em julgado, por conta da pendência de Embargos Declaratórios”, o que, lembra a autora, não poderia gerar uma modificação no julgado.

O segundo fato que merece destaque é que, nos termos do voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, a discussão apenas voltou à tona por “um desses acidentes da advocacia”, pois havia orientação firmada quanto aos créditos oriundos dos insumos adquiridos com isenção e com alíquota zero e, ao se discutir a extensão deste mesmo entendimento também para a aquisição dos produtos não tributados - os chamados NT - foi reaberto o debate. Segundo o Ministro Sepúlveda Pertence, “o Ministro Ilmar Galvão, fora o único vencido nas decisões plenárias sobre a alíquota zero e sobre a isenção, propôs então que o caso era de reexaminar todo o problema e, aí, se reabriu a discussão”.

Em continuidade, faz-se mister salientar que, não obstante o Ministro Sepúlveda Pertence, tenha, no julgamento do Recurso Extraordinário 353.657, em um daqueles que ele anuncia ser um de seus últimos julgamentos na Corte, insistido com seus colegas que o caso dos insumos não tributados tem íntima correlação tanto com o

caso dos insumos adquiridos com isenção, quanto com o caso daqueles tributados à alíquota zero, os demais ministros deixaram bem claro que não entendiam tratar-se de situação jurídica equivalente, assim como o fez o Ministro Ilmar Galvão em ocasião anterior, com a anuência da maioria da Corte, que aceitou discutir a questão em separado. Vê-se, portanto, que o Supremo afastou a aplicação do entendimento anterior por se tratar de hipótese fática e juridicamente distinta daquela anteriormente decidida<sup>180</sup>.

Segundo Tathiane Piscitelli, a negativa do Supremo Tribunal Federal em conferir efeitos prospectivos à decisão não teria sido motivada pela ausência de jurisprudência consolidada, e nem mesmo na suposta impossibilidade de modulação de efeitos no caso enfrentando<sup>181</sup> – neste espeque, é imperioso fixar que, como não se tratava propriamente de uma decisão de inconstitucionalidade de lei, essa foi a primeira questão de ordem suscitada na Corte, que, no entanto, não será debatida no presente trabalho -, mas, sim, no cálculo das consequências negativas que a chamada “modulação” poderia trazer à Fazenda Pública.

Para comprovar seus argumentos, a autora colaciona parte dos votos de três ministros, destacando os trechos que reputa mais relevantes, *in verbis*:

Ministro Marco Aurélio:

Deve-se ter presente, por último, que a decisão proferida, em relação a contribuintes que hajam ingressado em Juízo e aos demais, mesmo considerados quanto a estes últimos cinco anos, *implicará o esvaziamento do tributo, surgindo, como já consignado, passivo de proporções gigantescas, a ser arcado pela própria sociedade*.

A segurança jurídica está, na verdade, na proclamação do resultado do julgamento tal como formalizado, dando-se primazia à Constituição Federal e exercendo o Supremo o papel que lhe é reservado – o de preservar a própria Carta da República e os princípios que a ela são ínsitos, como o da razoabilidade e o do terceiro excluído.

De minha parte, *pouco importante os interesses individuais e momentâneos em jogo*, sufrago o entendimento, sempre e sempre, da preponderância da

<sup>180</sup> Seria um caso de distinção do precedente (*distinguishing* ou *distinguish*), que ocorre quando se afasta a aplicação do precedente em razão de uma divergência relevante entre o caso paradigma e aquele a ser decidido, em razão de alguma peculiaridade fática ou simplesmente pela falta de coincidência entre os fatos fundamentais de ambos os casos.

<sup>181</sup> “Pela análise da argumentação dispendida nos votos, parece claro que a razão central pela qual a modulação de efeitos não foi reconhecida não estava na impossibilidade de fazê-lo, tendo em vista a literalidade do artigo 27 da Lei n. 9.869/1999, nem sequer na ausência de jurisprudência consolidada. O ponto central da tese vencedora parecia estar, exatamente, nas consequências negativas que um julgamento desse porte poderia trazer à Fazenda. Tanto é assim que, em diversas ocasiões esse argumento é suscitado”. (PISCITELLI, 2012, p. 246)

ordem jurídica. É o preço a ser pago em um Estado Democrático de Direito e é módico<sup>182</sup>. Concluo pela eficácia das decisões tais como proferidas.

Ministro Eros Grau

Ora, se o resultado desse pleito judicial é adverso ao agente econômico, evidentemente, será ele responsável pelos efeitos desse resultado. *Não é possível atribuímos essa responsabilidade ao Estado [rectius, à sociedade] essa responsabilidade. Fazê-lo, isso equivaleria a instituímos o capitalismo sem as incertezas inerentes às decisões de produção e de investimento, o capitalismo sem riscos, sem o salto no escuro. [...]*

Por fim, nenhuma razão relacionada ao interesse social, menos ainda a “excepcional interesse social”, prospera no sentido de aquinhoarem-se empresas que vieram a Juízo afirmando interpretação que esta Corte entendeu equivocada. *Fizeram-no, essas empresas, por sua conta e risco. É seguramente inusitado: o empresário pretende beneficiar-se por créditos aos quais não faz jus; o Judiciário afirma que efetivamente o empresário não é titular de direito a esses mesmo créditos, mas autoriza a fazer uso deles até certa data... Um “negócio da China” para os contribuintes, ao qual corresponde inimaginável afronta ao interesse social.*

Ministro Cezar Peluso

Alega a requerente que a mudança do entendimento do Supremo – admitida por superposição – no curso de outros processos sobre o mesmo tema acarretaria “*fortíssimo impacto sobre a esfera de direitos de todo aquele universo empresarial*”, que ao longo dos anos pautou “*seus negócios segundo a linha de decisões que durante todo esse tempo veio sendo adotada*”.

Não me convence o argumento, *data vênia*, pois a empresa somente teria direito ao crédito, em definitivo, após o trânsito em julgado da decisão, que lhe reconhecesse.

*Se se apropriou do crédito no curso do processo – e custa crer que o tenha feito, porque, de regra, empresas de porte razoável com alguma orientação jurídica provisiona espécie e acompanha as ações judiciais, mensalmente – agiu por conta e risco, suposto influenciado pela jurisprudência anterior, mas ciente de que seu hipotético direito só estaria garantido após o trânsito em julgado da decisão.* (grifos da autora)

Com relação aos trechos dos votos colacionados pela autora, em que pese o brilhantismo da tese defendida por Piscitelli – com a qual concordamos em grande parte dos pontos – a partir da leitura e análise da íntegra dos votos proferidos na questão de ordem no julgamento do Recurso Extraordinário nº 353.657, calha salientar alguns pontos de divergência.

<sup>182</sup> Vale aqui a reflexão: o ministro afirma não estar preocupado com a tutela dos direitos individuais em jogo e que este seria o módico “preço” a ser pago em um Estado Democrático de Direito. É módico para quem? Ademais, o respeito aos direitos e garantias fundamentais é um dos alicerces do próprio Estado de Direito, inclusive sendo um dos elementos que designa o conceito. Revela-se de difícil compreensão a ideia de que legitimar violações a tais direitos seja de sua própria essência. O preço da democracia não é o sacrifício de direitos fundamentais, como sugere o ministro, mas, sim, a aceitação de algumas hipóteses de intervenção do Estado na propriedade como forma de manutenção do próprio Estado – e os tributos são um exemplo clássico.



O primeiro deles é que, diferentemente da conclusão adotada pela autora, em uma leitura mais acurada do debate travado entre os ministros, o impacto econômico-financeiro que um julgamento desse porte poderia trazer à Fazenda não pode ser considerado como o fundamento central da tese vencedora, no sentido de conferir efeitos retroativos à decisão que acabou por beneficiar a Fazenda, vedando aos contribuintes o aproveitamento de créditos oriundos da aquisição de insumos tributados à alíquota zero. Nessa mesma toada, esclarece-se que não há como retirar do inteiro teor dos votos um fundamento unívoco para a decisão dos ministros. Não obstante, destaca-se, em síntese, a justificativa de que não haveria *in casu* legítima expectativa dos contribuintes com força suficiente para justificar a modulação.

Da análise dos votos, verifica-se que, sim, a questão econômica permeia trechos da discussão, visto que o Direito é um sistema que não atua descolado da realidade. O argumento econômico é utilizado não apenas para alicerçar a questão dos efeitos temporais da decisão, mas, também, em certos trechos, como próprias razões de decidir pela impossibilidade do creditamento. E, se o cálculo das consequências econômicas impregna o próprio mérito do processo, por que não poderia integrar também as razões da modelação de seus efeitos? Não se defende aqui a utilização dos argumentos econômicos pura e simplesmente, mas em conexão com a preservação dos valores tutelados pela ordem jurídica. No caso em comento, as consequências prático-econômicas da decisão são invocadas, na medida em que os julgadores afirmam que a decisão desequilibraria a seletividade do imposto, que também é uma característica constitucional deste tributo, e carece ser observada<sup>183</sup>.

Ainda que assim não fosse, nota-se que os fundamentos expostos pela ampla maioria dos julgadores em seus votos deixam transparecer que foram razões outras, eminentemente jurídicas, que justificaram o posicionamento firmado na ocasião.

---

<sup>183</sup> Eis um trecho do voto do ministro Marco Aurélio (p. 10-11 do voto e 517-518 do processo): “Mais do que isso, a óptica aqui prevalecente (...) colide frontalmente e de modo pernicioso ao extremo, revertendo valores – fala-se em esqueleto de bilhões de reais – como características do tributo, ou seja, a seletividade. Vale dizer que, tanto mais supérfluo o produto final, quando se impõe alíquota de grandeza superior, maior será o valor objeto de compensação. Raciocine-se com o que ocorrerá em relação a certos insumos que servem para fabricação de produtos tidos como essenciais e outros como supérfluos, a exemplo do que se verifica no campo dos cosméticos e dos remédios. Se o produto final for de natureza enquadrável no primeiro, haverá o creditamento em quantia maior”.

Esmiuçando um pouco do entendimento adotado por cada ministro, infere-se que, do supratranscrito voto do Ministro Marco Aurélio, embora nos pontos destacados, possa parecer que a posição do ministro foi motivada em especial pelas consequências do julgamento na arrecadação tributária, quando se analisa o seu entendimento como um todo, nota-se não ter sido este o único argumento considerado. Antes, ao que nos parece, o ministro analisa tanto o grau de segurança jurídica envolvido, quanto as consequências econômico-financeiras da decisão. Ao realizar um cotejo das circunstâncias concretas que pesam a favor de cada um deles, alicerça seu voto na análise de qual das opções em comento seria a que, na hipótese enfrentada, melhor concretizaria os valores constitucionalmente tutelados, para chegar a conclusão de que a “segurança jurídica está, na verdade, na proclamação do resultado dos julgamentos tal como formalizada, dando-se primazia à Constituição Federal [...] e os princípios que a ela são ínsitos”, visto que o tema do creditamento não chegou a ser pacificado no Tribunal.

Desse modo, afirma o ministro, a prevalência da chamada “modulação de efeitos” da decisão não protegerá a segurança jurídica e o excepcional interesse social, mas, sim, causará desordem desenfreada,

[...] ficando os contribuintes e cidadãos em geral estimulados aos questionamentos em juízo para, anos após, quem sabe, a feitura da justiça salomônica, com resultado econômico-financeiro distanciado, a mais não poder, dos ditames constitucionais e que, em última análise, será suportado por toda a sociedade.

Deixemos de lado a primeira preliminar enfrentada – a discussão se seria ou não possível proceder à modelação de efeitos na hipótese, visto que não se tratava propriamente de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, como dispõe o artigo 27 da Lei n. 9.868/1999. Uma das principais preocupações externadas pelo magistrado é com a isonomia, porquanto, no caso em comento, haveria uma vantagem retroativa para aqueles que não pagaram o tributo e/ou ingressaram em juízo, ao passo que aqueles que quitaram os valores sem discutí-los, “aconselhados corretamente pelo setor técnico”, teriam um grande período alcançado pela prescrição e pela decadência. – o que se torna especialmente grave, se considerarmos que, naquele momento, a tese que se sagrou vencedora foi justamente aquela oposta aos interesses dos contribuintes.

Afirma, ademais, o ministro, que, na situação analisada, admitir efeitos retroativos à decisão é a opção que melhor concretiza a segurança jurídica, pois:

No tocante à alegada segurança jurídica que proporcionou um sem número de pareceres – confesso que nunca presenciei tão grande movimentação -, parte-se de premissa que não corresponde à realidade. O tema sobre o creditamento, ao contrário de outros em que, de qualquer forma, houve a reversão do quadro decisório, não chegou a ser pacificado no Tribunal. (...) Vale registrar a informação prestada pela Fazenda, no respectivo memorial, de que nenhum processo transitou em julgado.

Com relação ao voto do Ministro Eros Grau, o julgador se refere ao aspecto econômico de maneira contextualizada com a ideia de segurança jurídica e distribuição de riscos na sociedade capitalista. Explicou que os contribuintes que optaram pelo creditamento, tendo em vista o contexto fático subjacente, fizeram-no cientes do risco que estavam assumindo. Agora que concretizada a situação desfavorável já previsível à época, pretendem transferir os custos dos riscos que assumiram para o Estado, o que afeta toda a sociedade:

Mas não é só. Aqui também não cabe cogitarmos de ameaça de qualquer ordem à segurança jurídica. Recebi em meu gabinete memorial da Procuradoria da Fazenda Nacional no qual se demonstra que nenhuma decisão a respeito do tema, a alíquota zero, transitou em julgado. Como se falar, destarte, em mudança de jurisprudência que jamais foi fixada? Isso consubstanciaria um autêntico *non sense*. Não se pode alterar o que jamais foi fixado definitivamente por este Tribunal. O argumento de que existiria “jurisprudência pacífica” mesmo quando as decisões não tenham transitado em julgado – e nenhuma delas transitou em julgado! – é quase ingênuo. O que detém força de verdade legal é a coisa julgada, cuja autoridade, quando reiterada, faz jurisprudência. Não houve, no caso, mudança de jurisprudência desta Corte, visto que ela – essa jurisprudência – não fora estabelecida.

Além do mais é certo que a incorporação ao balanço de efeitos tributários apenas se pode dar quando consumada a coisa julgada. Até então a pretensão judicial da pessoa jurídica deverá ser nele registrada em conta de provisão não dedutível. Se não há, em situações como a de que se trata, em que o contribuinte vai a Juízo postular benefício ou vantagem tributária, se não há coisa julgada em situações como tais o contribuinte não pode computar resultados e/ou distribuí-los. Dizendo-o na sofisticada linguagem dos economistas, o ambiente institucional que prevalecia quando o agente econômico foi a Juízo pleitear o benefício ou vantagem não a abrangia. Tanto é que foi a Juízo, pretendendo afirmá-la.

Ora, se o resultado desse pleito judicial é adverso ao agente econômico, evidentemente, será ele responsável pelos efeitos desse resultado. Não é possível atribuímos essa responsabilidade ao Estado [*rectius*, à sociedade] essa responsabilidade. Fazê-lo, isso equivaleria a instituímos o capitalismo sem as incertezas inerentes às decisões de produção e de investimento, o capitalismo sem riscos, sem o salto no escuro.

Por fim, nenhuma razão relacionada ao interesse social, menos ainda a “excepcional interesse social”, prospera no sentido de aquinhoarem-se empresas que vieram a Juízo afirmando interpretação que esta Corte entendeu equivocada. Fizeram-no, essas empresas, por sua conta e risco. É seguramente inusitado: o empresário pretende beneficiar-se por créditos aos quais não faz jus; o Judiciário afirma que efetivamente o empresário não é titular de direito a esses mesmo créditos, mas autoriza a fazer uso deles até certa data... Um “negócio da China” para os contribuintes, ao qual corresponde inimaginável afronta ao interesse social.

Da análise de todos os votos proferidos na referida questão de ordem, percebe-se que a maioria dos Ministros parece concordar com os termos do voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, que, calha aqui deixar registrado, proferiu voto exemplar acerca da possibilidade de se conferir eficácia *ex nunc* às decisões de inconstitucionalidade e também de situações análogas, como seriam as hipóteses de reversão de jurisprudência.

Sobressai dos demais votos não a discordância da tese esposada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, mas, sim, sua inaplicabilidade ao caso analisado, tendo em vista que, na hipótese, não haveria razões de segurança jurídica aptas a alicerçar a modulação temporal dos efeitos. Nas palavras do Ministro Carlos Britto:

*Entretanto, Ministro Ricardo Lewandowski, reconhecendo que a tese de Vossa Excelência é muito boa, peço vênia para dizer que o caso não é muito bom. Seria uma tese excelente para um caso típico de consolidada jurisprudência, de cristalizada jurisprudência, naquele sentido de múltiplas decisões convergentes, uniformes, no mesmo sentido. A Doutora Luciana [procuradora da Fazenda Nacional na lide em comento] evidenciou que há precedentes, porém todos eles desafiados ou adversados por recursos impeditivos do respectivo trânsito em julgado. (grifou-se)*

Ora, em outras palavras, o que os ministros querem dizer, é que não havia legítima expectativa dos contribuintes forte o suficiente para justificar a chamada “modulação temporal” dos efeitos da decisão. Isso porque, o Fisco – e sequer o Poder Legislativo, já que não havia lei cancelando esse entendimento - hora alguma lhes criou a expectativa de que estavam a proceder corretamente. Muito pelo contrário, a Fazenda Nacional, na seara administrativa, sempre autuou as compensações efetivadas e, na esfera judicial, demonstrou irresignação até o final da lide, tanto que, justamente por isso, nenhuma das ações transitou em julgado.

O que houve foi manifestações doutrinárias e jurisprudenciais em ambos os sentidos. A questão sempre foi objeto de grande controvérsia, tanto que chegou à apreciação do Supremo Tribunal Federal.

Explica a Ministra Cármen Lúcia, em seu voto, ainda, que o fato do contribuinte ter perdido em primeira instância reforça o fato de que não haveria expectativa legítima do contribuinte à manutenção da decisão obtida no curso do processo, no sentido de garantir-lhe o direito de proceder ao creditamento:

Também penso que, neste caso, não houve declaração de inconstitucionalidade, houve mudança jurisprudencial, se é que houve, pois a Fazenda comprova que não teria havido essa revisão total, e, neste caso específico, o contribuinte questionou algo que era presumido como inconstitucional, que era a atuação do Fisco; perdeu em Primeira Instância, portanto não se pode falar realmente em afronta ao princípio da segurança jurídica.

Procedendo a sopesamento dos princípios envolvidos, expressa a ministra, assim como o fez o Ministro Eros Grau uma especial preocupação com o princípio da isonomia, visto que aqueles que pagaram o tributo sem questionar ficariam em evidente desvantagem com relação aos que não pagaram ou questionaram a cobrança:

Ademais, a meu ver, a Fazenda tem razão quando afirma que haveria, no caso, quebra do princípio da igualdade com aqueles que, não questionando, pagaram, e, portanto, aí sim haveria alguma contrariedade ao que está posto como princípios constitucionais.  
Razão pela qual, sem maiores avanços, mais uma vez pedindo vênias ao brilhantíssimo voto do Ministro Ricardo Lewandowski, rejeito a questão de ordem.

O Ministro Joaquim Barbosa, por sua vez, tece minuciosa análise do contexto fático subjacente à alteração objeto da discussão, consignando que, entre a publicação do caso líder apontado como fundamento para a criação de legítimas expectativas (RE 350.446) – o que demandaria a proteção da segurança jurídica a favor dos contribuintes – e a publicação da ata da sessão em que se confirmou a mudança de entendimento da Corte transcorreu um ano e oito meses.

No período apontado, o Supremo Tribunal Federal proferiu aproximadamente sessenta decisões sobre a matéria.

Não obstante, destacou que as autoridades fiscais, administrativa e judicialmente, sempre se opuseram ao reconhecimento do direito suscitado pelos contribuintes, de aproveitar créditos supostamente oriundos de operações de aquisição tributadas por alíquota zero.

Como se não bastasse, prossegue o Ministro, após apenas três meses do julgamento do caso líder, o Supremo Tribunal Federal manifestou a possibilidade de examinar novamente a matéria, o que foi amplamente divulgado<sup>184</sup> e que evidenciava para os contribuintes que não havia um entendimento pacífico, sendo previsível aos contribuintes eventual mudança de posicionamento.

Considero inadequado afirmar que o caso-líder apontado (RE 350.446) pudesse condicionar os parâmetros econômicos das operações anteriores à publicação do respectivo acórdão.

Também é improvável que o caso-líder (RE 350.446) preservasse a mesma força após a ampla divulgação da sessão de julgamento em que a Corte, pela manifestação de seis de seus integrantes, indicou claramente a tendência de modificação de seu entendimento.

*Logo, no melhor dos cenários, somente seria plausível afirmar que a orientação do caso-líder (RE 350.446) projetou-se tão-somente às operações que foram realizadas entre a publicação do respectivo acórdão e*

<sup>184</sup> Calha aqui transcrever trecho de notícia divulgada no sítio eletrônico do STF no dia da sessão: “Quinta-feira, 10 de abril de 2003 - Direto do Plenário: STF retoma julgamento em que se discute IPI. O Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento do Recurso Extraordinário (RE 370682) em que a União tenta reverter decisão da Justiça Federal sobre o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI). No caso, a empresa recorrida, a Indústria de Embalagens Plásticas Guará, teve reconhecido pelo TRF da 4ª Região o direito de crédito do IPI incidente sobre matéria-prima adquirida com alíquota zero do imposto. O Plenário já deliberou sobre Recursos semelhantes em dezembro do ano passado”. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=63420>>. Acesso em: out./2016. Em 15/09/2003 também foi divulgado o seguinte: “Quarta-feira, 15 de setembro de 2004 - Gilmar Mendes pede vista e suspende julgamento sobre IPI: Após quatro votos favoráveis à União e dois contra, um pedido de vista do ministro Gilmar Mendes suspendeu, hoje (15/9), o julgamento de um Recurso Extraordinário (RE 353.657) que discute o creditamento de Imposto sobre Produto Industrializado (IPI) pago por empresa que compra matérias-primas favorecidas pela alíquota zero e insumos não-tributados. A votação só será retomada após as eleições, segundo informações do presidente do STF, ministro Nelson Jobim.

Há outros quatro REs no STF que tratam do mesmo assunto. Três deles (REs 350.446, 353.668, 357.277) estão em estágio adiantado de votação e tiveram seu mérito discutido na época em que o Plenário tinha composição diferente da atual.

Já o RE 370.682 começou a ser julgado em abril de 2003 e tinha como relator o ministro aposentado Ilmar Galvão, que havia votado favoravelmente à União, após o ministro Gilmar Mendes pedir vista dos autos. Nesse caso, na retomada do julgamento, o ministro Carlos Ayres Britto não poderá votar, porque ele substituiu o ministro Galvão.

Diante do fato de que o RE 353.657, interposto pela União contra a empresa Madeira Santo Antônio Ltda., era único que o Plenário não tinha começado a julgar, todos os ministros concordaram em recomençar por ele a discussão sobre o creditamento de IPI”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=60345>>. Acesso em: out./2016.

*a publicação da ata da sessão em que se firmou a tendência de mudança do entendimento. (grifou-se)*

O Ministro Carlos Britto, ainda, elogiou o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, destacando, entretanto, que, apesar da tese ser muito boa, o caso não é muito bom para sua aplicação. “Seria uma tese excelente para um caso típico de consolidada jurisprudência, [...] naquele sentido de múltiplas decisões convergentes”, no entanto, a União Federal demonstrou que todos os precedentes estão desafiados ou impugnados por recursos impeditivos do trânsito em julgado.

Sem ignorar a capacidade de influência do entendimento dos Tribunais Superiores sobre as demais instâncias e ciente do impacto social, econômico e jurídico de quaisquer alterações do posicionamento do Supremo, o Ministro Cezar Peluso não vislumbra ofensa à segurança jurídica:

É óbvio que a reversão ou exigência de tais valores pelo Fisco trará reflexos econômicos, sociais e jurídicos. Como, porém, o fundamento de validade do ato anulado (crédito) era provisório, porque a decisão não havia transitado em julgado, a reversão ou a existência não constituem, de forma alguma, consequência inesperada.

Nessa senda, declara não restar convencido dos nefastos efeitos econômicos que a empresa alega que a decisão acarretaria, pois a pessoa jurídica apenas teria direito ao crédito, em definitivo, após o trânsito em julgado da decisão que lhe o reconhecesse. Até porque, a legislação infraconstitucional determinava a não apropriação do crédito. Assim, a mudança operada pelo Supremo, “embora pudesse frustrar as expectativas, não causaria instabilidade nem insulto ao postulado da confiança das relações sociais, econômicas e jurídicas”.

Ademais, o Ministro Gilmar Mendes destacou que, se o Supremo Tribunal Federal já tivesse uma decisão consolidada, mesmo em se cuidado de “mera interpretação constitucional, eu não teria nenhuma dúvida de subscrever integralmente os fundamentos aqui expendidos pelo ministro Lewandowski”.

Assim, percebe-se que foi decisivo o fato de não haver, ainda, posicionamento pacificado pela Corte em nenhum dos sentidos, para que o Tribunal negasse os efeitos prospectivos à decisão.

### 6.1.1 DA APLICAÇÃO DA LEI DE COLISÃO, DE ROBERT ALEXY, AO CASO ENFRENTADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Primeiramente, há de se ressaltar que a decisão em comento foi proferida em sede de controle concreto de constitucionalidade. Não obstante, fixou o entendimento do Supremo Tribunal Federal no que tange ao direito de creditamento nas operações tributadas à alíquota zero e não tributadas, ensejando várias decisões no mesmo sentido, de maneira que resta nítida sua tendência de abstrativização.

Nesse sentido, vale dizer que a lógica que permeia o controle concreto de constitucionalidade é diametralmente oposta à do controle concentrado, muito embora ambas as modalidades de controle venham caminhando em sentidos convergentes, aproximando-se cada vez mais.

Assim, em que pese a previsão legal do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 tenha sido originariamente concebida para o controle abstrato e concentrado, a questão dos efeitos temporais da decisão em controle concreto e/ou difuso revela-se igualmente delicada, sendo salutar admitir-se a relativização dos efeitos retroativos da decisão, inerente ao modelo norte-americano de controle. Por isso, a ideia de ponderação é plenamente aplicável ao caso, muito embora iniciando de um ponto de partida distinto.

No que concerne à possibilidade de se desenhar o alcance temporal da decisão de inconstitucionalidade também no controle difuso e/ou concreto, Ives Gandra Martins (2008, p. 216) destaca que,

Não só no controle concentrado, como no controle difuso, é possível a determinação de eficácia “ex nunc” ou “prospectiva” em situações especiais, tendo em conta não só a irreversibilidade das relações ou situações decorrentes de orientação anterior ou ainda de gravíssima lesão a direitos patrimoniais e/ou fundamentais, como também os princípios da “não-surpresa” ou da “responsabilidade e confiabilidade na orientação oficial”, princípios essenciais para a estabilidade das instituições.

Na hipótese tratada no RE nº 353.657 não se trata propriamente de uma decisão de inconstitucionalidade, mas, sim, de interpretação direta da Constituição Federal,



envolvendo o princípio da isonomia e os da não cumulatividade e da seletividade do Imposto Sobre Produtos Industrializados, dentre outros. Ainda assim, torna-se aplicável a proposta ora esposada, visto que a significação, ou seja, a interpretação construída pelo ser cognoscente é que é a norma aplicada ao caso concreto.

Deste modo, para definir o alcance temporal da decisão, revela-se adequado analisar os princípios que justificam uma ou outra solução, a fim de encontrar aquela que melhor otimize as disposições constitucionais, amplamente consideradas.

Nesse contexto, cumpre destacar que a teoria desenvolvida por Robert Alexy (2015, p. 548-549) privilegia a argumentação, seu aspecto objetivo e racional não como garantia de uma solução única, mas, sim, como uma forma de, a partir da fixação de métodos e premissas, tornar clara a argumentação levada a cabo pelo julgador, de modo que seja também possível conferir racionalidade, controlabilidade e um mínimo de previsibilidade à decisão.

Aplicando a teoria desenvolvida pelo autor alemão ao julgado em comento, podemos, racionalmente, chegar a algumas conclusões.

Há de se ter sempre em mente que, como já salientado alhures, a teoria de Alexy somente tem lugar quando considerado o caso concreto enfrentado. Nesse sentido, as peculiaridades de cada situação influirão sobremaneira no peso atribuído a cada princípio em comento e, por conseguinte, no coeficiente resultante da aplicação da fórmula do peso, quando a colisão demandar a aplicação da ponderação em sentido estrito.

Igualmente, assim como Alexy, consideramos possível e desejável o sopesamento das consequências enquanto razões jurídicas de decidir.

No caso do RE nº 353.657/PR, que decidiu pela ausência de direito ao creditamento do IPI na aquisição de insumos tributados à alíquota zero, ou não tributados, no que tange à discussão dos efeitos temporais da decisão<sup>185</sup>, há uma colisão de direitos

---

<sup>185</sup> Conforme já explicado, por fugir ao escopo do presente trabalho, preferimos deixar de lado a discussão relativa à primeira questão de ordem debatida no Supremo Tribunal Federal no julgamento

fundamentais com caráter de princípio. De um lado, exsurgem a isonomia – visto que, como afirmado pela Ministra Cármen Lúcia, aqueles que pagaram o tributo sem questionar ficariam em nítida desvantagem em relação aos que não pagaram ou que questionaram a cobrança – e também o que convencionamos chamar de direito fundamental ao Estado, um direito cujos destinatários são todos os cidadãos e cujo principal instrumento assecuratório desta estrutura é o pagamento de tributos por todos eles, e o direito à segurança jurídica, representado pela legítima expectativa por parte dos contribuintes do imposto, que confiavam que o Supremo Tribunal Federal adotaria para o caso o mesmo entendimento adotado no caso do creditamento do IPI para insumos isentos do tributo. Além disso, havia decisões de diversos tribunais pátrios e até mesmo do STF, ainda que sem caráter vinculante, e não transitadas em julgado.

Em primeiro lugar, hemos de ultrapassar sucessivamente as máximas da adequação e da necessidade.

A retroatividade da decisão pela impossibilidade de creditamento dos insumos tributados à alíquota zero e a cobrança dos valores daqueles contribuintes que promoveram o creditamento é adequada, na medida em que promove o direito ao Estado e, por conseguinte, reforça a garantia aos direitos fundamentais<sup>186</sup> de todos os cidadãos. É também necessária, pois não há nenhum modo menos gravoso para a persecução do referido fim do que a cobrança de tributos nas hipóteses autorizadas pela Constituição e nos moldes definidos pelo legislador. No entanto, com relação à isonomia, haveria meio menos gravoso de se promover esse direito, que seria conferir efeitos *ex nunc* para todos os contribuintes, sem distinguir aqueles que ingressaram ou não em juízo – assim, aqueles que já tinham processo em curso teriam consolidada sua posição jurídica, ao passo que os contribuintes que pagaram sem discutir a cobrança teriam direito à restituição do indébito. A diferença residiria apenas no prazo de prescrição e decadência, o que seria justificável, pois aqueles que ingressaram com a ação adotaram postura distinta daqueles que simplesmente

---

do supracitado recurso, que dizia respeito à possibilidade ou não de se aplicar o art. 27 da Lei nº 9.868/99 a uma decisão que não se trata propriamente de uma decretação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

<sup>186</sup> Tanto direitos fundamentais sociais, quanto direitos de liberdade, garantindo, por exemplo, a liberdade fática, conforme discorrido linhas acima.

pagaram o tributo, Assim, os contribuintes que optaram por buscar a satisfação de sua pretensão em juízo assumiram os riscos e os custos de um processo judicial, prosseguindo até a última instância de julgamento, de modo que conferir-lhes tratamento levemente desigual, na verdade, promoveria o princípio da isonomia. Por isso, na análise da proporcionalidade em sentido estrito, colocaremos na balança de Alexy apenas o primeiro princípio, o direto ao Estado.

Já a produção de efeitos *ex nunc*, ou seja, apenas a partir da publicação da decisão do STF que sedimenta em definitivo o entendimento jurisprudencial acerca da matéria, privilegia a confiança legítima dos contribuintes. Assim, afigura-se meio adequado a promover a proteção das legítimas expectativas. Igualmente, é instrumento necessário, por não haver meio menos gravoso de se proteger tais expectativas<sup>187</sup>.

Desse modo, partimos para a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, fase em que empregamos a chamada “lei do peso” para, racional e argumentativamente, atingir um resultado razoável. A metáfora do peso representa uma balança em que, colocadas as consequências jurídicas advindas de ambos os princípios, torna-se possível decidir qual deles deve prevalecer – aquele que, dentre ambos, gerar mais benefícios, ao menor custo possível.

Em síntese, nessa fase, serão considerados: (i) o grau de não cumprimento de cada um dos princípios colidentes; (ii) o grau de importância do cumprimento desses princípios; e (iii) o grau de intervenção, ou seja, as consequências jurídicas advindas da prevalência de um deles, e qual o prejuízo que isso acarretaria ao princípio preterido.

Observa-se, pois, que a lei do peso reflete uma relação de precedência condicionada às circunstâncias do caso concreto.

---

<sup>187</sup> Aqui, a alternativa que se põe ao alcance da Suprema Corte seria, em alguns casos – não neste, pois, como dito, não se trata propriamente de decisão de inconstitucionalidade de lei – deixar de reconhecer eventual inconstitucionalidade, o que, por certo, seria meio MAIS gravoso para a realização do fim pretendido.

Primeiramente, tanto o direito fundamental ao Estado e a isonomia, quanto o direito fundamental à segurança jurídica, concretizado pela proteção à confiança legítima, abstratamente considerados, são de extrema importância para o ordenamento jurídico pátrio. Diante disso, a ambos os princípios será atribuído um peso abstrato máximo, grave, qual seja, quatro.

Procedamos, então, à análise do peso concreto dos princípios. Destarte, não de ser consideradas todas as circunstâncias acima elencadas.

De uma percuciente análise do processo e em especial dos votos proferidos pelos eminentes julgadores, vê-se que a favor da confiança legítima, que se caracteriza como o aspecto subjetivo da segurança jurídica pendem os seguintes fatores, em síntese:

(i) segundo o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, em que pese a tendência que se manifestava no STF quanto à mudança do entendimento sobre a matéria, em duas ocasiões anteriores<sup>188</sup>, o Plenário do Supremo Tribunal federal posicionou-se pela possibilidade de creditamento do IPI nas operações tributadas à alíquota zero, e, seguindo a Corte Suprema, “praticamente todos os Tribunais Regionais Federais e mesmo os magistrados de primeira instância da Justiça Federal continuaram a prestigiar a jurisprudência predominante na Corte”, de modo que, considerado o transcurso de quase uma década entre as primeiras decisões sobre o caso, até o julgamento do Recurso Extraordinário em comento, os contribuintes haviam sido induzidos a confiar no seu direito de proceder ao creditamento tanto nas operações de entrada de insumos isentos, quanto daqueles tributados com alíquota zero ou não tributados;

(ii) embora o RE nº 350.446/PR ainda não tivesse transitado em julgado, em razão da oposição de dois sucessivos aclaratórios por parte da União, a questão havia sido decidida no Plenário por ampla maioria, restando vencido apenas o Ministro Ilmar Galvão.

---

<sup>188</sup> “RE 212.484/RS, Rel. para o acórdão Min. Nelson Jobim, DJ 27.11.1998, e RE 350.446/PR, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 06.6.2003, no qual se reconheceu o direito ao creditamento do IPI na hipótese de incidência de alíquota zero tal como se fez nos casos de isenção”. Nota de rodapé nº 8 o voto do Ministro Ricardo Lewandowski (p. 10 do voto) no RE nº 353.657/PR (BRASIL, 2007, p. 695)

(iii) no período de um ano e oito meses, transcorrido entre o RE 350.446/PR, em que restou estendido o direito ao creditamento do IPI também à hipótese de entrada de insumo tributado à alíquota zero e a publicação da ata do RE nº 353.657/PR, que consolidou a alteração no entendimento pretoriano, o Supremo Tribunal Federal proferiu aproximadamente sessenta decisões sobre a matéria;

(iv) não houve qualquer modificação no contexto fático ou mudança legislativa. A alteração adveio basicamente de uma alteração no entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria, o que pode ser atribuído à mudança de composição da Corte, de modo que seria prudente proceder à modulação para evitar maiores prejuízos àqueles cidadãos que pautaram suas condutas pelo entendimento jurisprudencial até então dominante. Assim, a eficácia retroativa imporia severo ônus aos que confiaram na tendência jurisprudencial indicada, o que traria consequências indesejadas nos planos econômico e social<sup>189</sup>.

Por outro lado, a favor do direito fundamental ao Estado, pendem os seguintes fatores:

(i) No RE 212.484/RS (DJ 27.11.1998) o Supremo Tribunal Federal sedimentou seu entendimento apenas com relação à aquisição de produtos isentos. Somente no RE 350.446/PR (DJ 06.6.2003) é que consignou a similitude de tratamento jurídico entre a isenção e a alíquota zero na cadeia do IPI. Da decisão do Plenário, pendiam de julgamento embargos de declaração, que poderiam ter efeito infringente e que, ademais, obstavam o trânsito em julgado da decisão;

---

<sup>189</sup> “Para se ter uma ideia do gravame que uma decisão *ex tunc* representaria para os jurisdicionados, registro que a União, antes mesmo da consolidação da nova maioria no Plenário, já vinha ingressando com ações rescisórias perante o Tribunal Federal da 4ª Região contra contribuintes que, com fundamento nos julgados anteriores do STF, obtiveram o direito de creditar-se do IPI nas operações isentas, não tributadas ou taxadas com alíquota zero. Isso, é claro, sem mencionar as incontáveis execuções fiscais que serão ajuizadas, dentro do prazo prescricional, contra os contribuintes que se valeram dos créditos escriturais, em conformidade com a jurisprudência desta Corte e demais tribunais.

Assim, Senhora Presidente, ante as peculiaridades do caso, e em homenagem não apenas ao princípio da segurança jurídica, mas também aos postulados da lealdade, da boa-fé e da confiança legítima, sobre os quais se assenta o próprio Estado Democrático de Direito, proponho que se confira efeitos *ex nunc* as decisões proferidas nos REs 353.657 e 370.682.” voto do Ministro Ricardo Lewandowski (p. 13 e 14 do voto) no RE nº 353.657/PR (BRASIL, 2007, p. 698/699)

(ii) apesar do transcurso de um ano e oito meses entre o caso líder que gerou nos contribuintes expectativas quanto o seu direito ao creditamento e a publicação da ata que consolidou a reversão do entendimento, apenas três meses após o julgamento do primeiro, e ainda na pendência de julgamento dos embargos de declaração, o Supremo Tribunal Federal já manifestou a possibilidade de examinar novamente a matéria, o que teria evidenciado para os jurisdicionados que não havia uma posição pacífica, sendo previsível eventual mudança de entendimento da Corte.

(iii) nos termos do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, os contribuintes buscavam a extensão do entendimento a respeito do creditamento dos produtos adquiridos com isenção para além da alíquota zero, de modo a atingir também os produtos não tributados. O Ministro Ilmar Galvão, único voto vencido nas discussões anteriores sobre alíquota zero e isenção, propôs, então, o reexame de todo o problema, e a discussão foi reaberta. Desde então, não haveria como se falar na existência de uma jurisprudência sedimentada, pois a Fazenda nunca deixou que o tema morresse.

(iv) a função precípua do art. 27 da Lei nº 9.868/99 é a manutenção dos efeitos advindos de relações jurídicas formadas durante o período em que o enunciado reputado inconstitucional esteve protegido pela presunção de constitucionalidade. Na hipótese em comento, não havia presunção de constitucionalidade; tratava-se de uma interpretação direta da não-cumulatividade prevista na Constituição, e sobre cujo alcance pairavam severas divergências.

(v) seria inadequado afirmar que o caso-líder (RE 350.446) pudesse condicionar os parâmetros econômicos das operações anteriores à publicação de seu respectivo acórdão. E cerca de três meses após a publicação do acórdão, é certo que a decisão também não preservava a mesma força, visto que foi amplamente divulgada a sessão de julgamento em que o Superior Tribunal de Justiça, por votos de seis de seus integrantes, sinalizou a tendência de modificação de seu entendimento;

(vi) os contribuintes somente teriam direito ao crédito em definitivo após o trânsito em julgado da decisão que o reconhecesse. Em se tratando de causas envolvendo

peessoas jurídicas, em regra, as empresas de porte razoável e com alguma orientação jurídica, provisionam valores e acompanham as flutuações jurisprudenciais. Desse modo, se aproveitou o crédito antes de decisão definitiva, fê-lo por sua conta e risco, pois, embora ciente da jurisprudência favorável, claro estava que a questão não tinha chegado a um ponto final;

(vii) ofensa à isonomia, visto que aqueles que se abstiveram de promover o creditamento, corretamente orientados da precariedade do entendimento dominante, suportariam ônus mais gravoso que aqueles que promoveram irregularmente o creditamento, deixaram de pagar o tributo ou que o discutiram judicialmente<sup>190</sup>.

Nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa, portanto,

A certeza da glosa dos créditos em questão, a ausência de eficácia geral e vinculante do precedente tido como caso-líder (RE 350.446), a possibilidade de modificação do entendimento da Corte quanto ao tema e o *pouco tempo de prevalência incontestes da orientação projetavam um quadro de expectativa incompleto*, claramente não definitivo, em âmbito geral, embora aparentemente razoável<sup>191</sup>. (grifos no original)

A partir das premissas traçadas, que expressam as peculiaridades do contexto fático da alteração de entendimento da Corte, é possível notar que, na hipótese em comento, não há um alto grau de segurança jurídica a favor dos contribuintes. Nesse

---

<sup>190</sup> Aqui se faz mister destacar que, como fruto de uma ponderação em abstrato levada a cabo pelo legislador, nosso sistema prevê a prescrição e a decadência, que, na seara tributária, são modalidades de extinção do crédito tributário (art. 156, V do Código Tributário Nacional) pelo decurso do tempo. A prescrição e a decadência revelam uma opção legislativa pela segurança jurídica, quando transcorrido considerável período de tempo do fato que originou a obrigação ou a pretensão. Desse modo, sempre que decretada a inconstitucionalidade de uma obrigação tributária, inevitavelmente, haverá uma desigualdade de tratamento entre aqueles que pagaram o tributo sem discuti-lo e aqueles que optaram por discutir judicialmente a cobrança – que terão como marco temporal para a repetição do indébito o ajuizamento da ação, quando for o caso, podendo reaver valores cuja repetição já seria inviável para outros contribuintes. Não obstante, entendemos ser essa desigualdade tão somente uma concretização da igualdade material, bem como da tutela da legítima expectativa do contribuinte concretamente considerada. Isso porque, aquele contribuinte que foi a juízo, certamente arcou com mais custos do que aquele que não foi, e, considerando-se a inércia da jurisdição e que muitas questões são decididas pelo STF em sede de controle incidental (e depois conferida eficácia erga omnes), em muitos casos, esses próprios contribuintes que viabilizaram a decretação da inconstitucionalidade. Ademais, aquele que buscou o Judiciário para ver tutelada sua pretensão, demonstra que acreditava legitimamente no vício da cobrança. No entanto, na hipótese em comento, a questão toda reside no entendimento pretoriano de que, analisados os elementos concretos, não havia segurança jurídica com força suficiente que justificasse tantas expectativas por parte dos contribuintes, o que é também agravado pelo fato de que, a pretensão que se pretendia ver reconhecida foi negada.

<sup>191</sup> Voto do Ministro Joaquim Barbosa no RE nº 353.657/PR, página 6 do voto e 726 do processo. (BRASIL, 2007, p. 726)

caso, admitir efeitos *ex nunc* à decisão geraria uma intervenção mais intensa no direito ao Estado do que o inverso, motivo pelo qual se afigura razoável a retroação dos efeitos da decisão.

Destarte, embora os direitos fundamentais em colisão tenham pesos abstratos idênticos, deve ser conferido maior peso concreto à proteção do direito fundamental ao Estado, se comparado à proteção da legítima expectativa – isso, vale lembrar, na situação acima descrita, concretamente considerada.

Por esse motivo, a solução que melhor concretiza os valores constitucionalmente tutelados, que otimiza os direitos fundamentais na hipótese, é a eficácia retroativa da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Vale aqui deixar registrada uma crítica ao posicionamento vacilante do Supremo Tribunal Federal que, ao alterar seu entendimento, muitas vezes, sem uma correspondente alteração fática ou jurídica da situação que a justifique, acaba aniquilando a garantia de segurança jurídica.

Em que pese a razoabilidade da ponderação tecida pelos Ministros na fixação dos efeitos temporais da decisão no caso apresentado, não deixa de chamar atenção a alteração do posicionamento da Corte, em um curto espaço de tempo. Fixado o entendimento quanto à igualdade de tratamento das hipóteses desonerativas, quando do julgamento do RE 350.446, este deveria ser referência para os demais casos, que sequer deveriam ser levados à nova apreciação pelo Plenário. Porém, transcorridos menos de três meses do julgamento e publicação do acórdão do caso-líder, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou que a questão seria reapreciada, abalando a segurança do sistema. Apesar de ser altamente questionável esta atitude, é certo que isso enfraqueceu a legitimidade das expectativas geradas no contribuinte de que o posicionamento anteriormente exarado fosse mantido, de modo que, certamente, foi um ponto decisivo na opção da Corte em manter os efeitos retroativos do posicionamento.

Por certo, não está o Tribunal engessado em sua interpretação, visto que a própria realidade social está sujeita a mudanças e que, como a jurisdição constitucional



trabalha com conceitos jurídicos indeterminados, a sua efetivação também deve refletir as transformações sociais. Não obstante, inexistindo razões objetivas que justifiquem a alteração interpretativa, a Corte deve respeito a seus precedentes, inclusive com vistas à preservação de sua autoridade.

## **6.2 Recurso Extraordinário nº 590.809/RS: a desconstituição da coisa julgada em face da mudança de jurisprudência**

Conforme já consignado no tópico anterior, por ocasião do julgamento conjunto do RE nº 353.657/PR e do RE nº 370.682/SC, o Supremo Tribunal Federal assentou seu posicionamento no que tange aos insumos não tributados ou sujeitos à alíquota zero, concluindo inexistir direito ao creditamento oriundo da aquisição desses insumos.

Em razão disso, a União Federal ajuizou ação rescisória para desconstituir decisão transitada em julgada a favor do contribuinte. Explica-se: o julgado objeto da ação rescisória foi publicado em 24/03/2004, ou seja, no período entre 18/02/2002 e 25/06/2007, em que o Supremo Tribunal Federal havia fixado posicionamento – ainda que não transitado em julgado - no sentido de estender o direito de crédito na aquisição de insumos isentos também aos insumos não tributados e sujeitos à alíquota zero, mas no qual, por outro lado, já estavam sendo analisados os Recursos Extraordinários nº 353.657 e nº 370.682/SC, que indicavam possível mudança do entendimento na matéria. A União Federal interpôs agravo – o que impediu que este transitasse em julgado antes do julgamento dos referidos recursos extraordinários -, que, no entanto, não foi provido, tendo a decisão proferida em 24/03/2004 transitado em julgado<sup>192</sup> sem qualquer modificação.

No âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a União Federal sagrou-se vitoriosa, visto que os magistrados, na hipótese, afastaram a aplicação da Súmula nº 343 de STF<sup>193</sup>, pois esta não incidiria nas ações rescisórias versando sobre matérias constitucionais, nos termos do entendimento pacificado na Súmula nº 63 do TRF4.

---

<sup>192</sup> Referidas informações podem ser apreendidas do julgamento do inteiro teor do RE nº 590.809/RS (BRASIL, ano), em especial das páginas 47-48 (fls. 21-22 do voto da Ministra Cármen Lúcia).

<sup>193</sup> Súmula 343: Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

Por não fazer parte do objeto de estudo do presente trabalho, a questão não merece aqui um debate acurado. Para os fins ora propostos, ultrapassaremos a admissibilidade do instrumento processual manejado<sup>194</sup>, e passaremos à análise do mérito da questão. Conforme destacado pelo Ministro Teori Zavascki em seu voto, a pretensão exposta no recurso diz respeito, de modo central, aos efeitos expansivos da decisão dos RE nº 353.657 no tempo:

No caso, a pretensão exposta no recurso está centrada, essencialmente, na tese de que, em nome da segurança jurídica, a orientação adotada pelo STF a partir do julgamento do RE 353.657 tenha efeitos apenas prospectivos, uma vez que teria havido, nesse julgamento, mudança da jurisprudência. (p. 55 do acórdão)

Tendo-se em conta que o recurso *sub judice* foi submetido ao regime de repercussão geral, entende o ministro que “a aceitação da tese nele proposta significa afirmar o caráter impositivo (= obrigatório) de outorga de efeitos *ex nunc* às decisões do STF que possam importar alteração da jurisprudência”. Defende, ainda, que a outorga de efeitos prospectivos deve ser acolhido apenas como exceção, visto que representa evidente tratamento antiisonômico para situações semelhantes. Aduz, ademais, que o tema da “modulação” já teria sido suficientemente decidido e definitivamente discutido por ocasião do julgamento do RE nº 353.657 e que, dentre os fundamentos decisórios destacou-se o fato de que o Tribunal considerou não ter havido, na hipótese analisada, quebra da jurisprudência anterior, visto que não existia um posicionamento consolidado, que pudesse ser considerado seguro e

<sup>194</sup> No novo contexto legislativo, com a edição do CPC/2015 (Lei nº 13.105/2015), a questão da possibilidade do manejo da ação rescisória é expressamente tratada no texto legal que, entretanto, remete-nos também nesses casos à análise da modelação temporal dos efeitos da decisão proferida pelo STF, seja em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. Referida previsão legal, no que tange à Fazenda Pública está insculpida no artigo 535, §§ 5º a 8º (para os demais casos, há idêntica previsão no artigo 525, §§ 13 a 15), que dispõe, *in verbis*:

Art. 535 [...]

§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 6º No caso do § 5º, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica.

§ 7º A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 5º deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.

§ 8º Se a decisão referida no § 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

afirmado em sentido contrário, "não havendo, portanto, base empírica para sustentar comprometimento da segurança jurídica decorrente de anterior entendimento jurisprudencial firma e cristalino. Bem ou mal, esta foi a decisão que o Tribunal tomou a oportunidade". Desta forma, segundo o ministro, o acolhimento da pretensão recursal aduzida importaria em rescisão do juízo anterior do Tribunal.

Por outro lado, o Ministro Marco Aurélio ressalta que, "em primeiro lugar, cabe distinguir a problemática da modulação, que beneficiaria os contribuintes em geral, - pouco importando terem ingressado ou não em juízo -, da que está em mesa para julgamento". Demais disso, apesar de não definitivamente decidida a questão no RE 350.446, é certo que, na ocasião do julgamento, o Supremo sinalizou com cores fortes seu entendimento na matéria e que este entendimento foi observado pelo Tribunal em agravos durante cerca de dois anos, no curso do julgamento do RE 343.657.

A Ministra Cármen Lúcia explicitou que o julgado que se pretende rescindir foi proferido na época em que não era definitivo o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, ou seja, havia pronunciamento anterior não transitado em julgado estendendo a possibilidade de creditamento também aos casos de insumos isentos e não tributados, mas o Tribunal já discutia novamente a questão, estando o julgamento em curso. O trânsito em julgado do *decisum* foi obstado pela interposição de agravo por parte da Fazenda Nacional, que, entretanto, foi posteriormente julgado improcedente, mantendo-se integralmente a decisão agravada, que, assim, transitou em julgado. Desse modo, a decisão rescindenda foi proferida antes do julgamento no qual a Corte uniformizou seu entendimento na matéria, de modo que não haveria motivo para rescindi-la com base no posicionamento posteriormente fixado.

Por sua vez, o Ministro Luiz Fux chama atenção para a necessidade de se manter estável a jurisprudência, visto que ela é um fator de previsibilidade e segurança jurídica, mas que, caso assim não seja, que, quando houver uma modificação dessa jurisprudência, haja preocupação com os efeitos temporais da decisão, para não

criar um estado de surpresa no cidadão jurisdicionado. Citando Caenegem<sup>195</sup>, afirma: “O cidadão jurisdicionado não pode ser tratado como um cão, que só sabe o que é proibido quando um taco de beisebol lhe toca o focinho’, que é mais ou menos o que está acontecendo”. O ministro disse tratar-se de modificação de jurisprudência pacífica, que pegou todos de surpresa, motivo pelo qual deveria ter efeitos *ex tunc*. Neste ponto, calha explicar que, na verdade, assim como consignou o Ministro Teoria Zavascki, por ocasião do julgamento anterior, debatendo a questão da modelação temporal dos efeitos, o Tribunal recursou-se a conferir efeitos prospectivos à decisão justamente por entender que não havia uma “jurisprudência pacífica” em nenhum sentido.

Vale destacar, ainda, os fundamentos do voto do Ministro Celso de Mello, que, a nosso ver, tratam justamente do cerne da controvérsia levada a juízo. O magistrado ressaltou o alto significado jurídico e político-social da coisa julgada e da segurança jurídica, preceitos fundamentais em nosso ordenamento, cuja proteção implica também em garantia da ordem constitucional. A coisa julgada material goza de proteção especial em nossa Constituição. Assim, o fato da controvérsia judicial objeto da ação rescindenda ter sido decidida por sentença judicial transitada em julgado é extremamente relevante para o deslinde da questão. Assevera o ministro que, com a formação da coisa julgada, operou-se a criação de situação de certeza, estabilidade e de segurança para as relações jurídicas, e a preservação da paz social é um dos objetivos primordiais do instituto.

A proteção de que goza a coisa julgada é tão intensa que essa situação de imutabilidade não pode ser atingida ou vulnerada nem mesmo por lei – e é justamente nesse aspecto que a *res iudicata* pode ser qualificada como garantia constitucional de tutela de direito individual<sup>196</sup>: Destaca o ministro que:

---

<sup>195</sup> Na verdade, a frase é de Jeremy Bentham, mas citada por R. C. Caenegem em sua obra: “Judges, legislators and professors: chapters in European legal history”. Cambridge: Cambridge University Press, 1987 (first published), 2002 (reprinted), p. 161.

<sup>196</sup> O ministro utiliza-se do magistério de José Frederico Marques (*Manual de Direito Processual Civil*, vol. III/329, item n. 687, 2ª ed. /2ª tir., 2000, Millennium Editora) para tecer estas lições.

Mostra-se tão intensa a intangibilidade da coisa julgada, considerada a própria disciplina constitucional que a rege, que nem mesmo lei posterior – que haja alterado (ou, até mesmo, revogado) prescrições normativas que tenham sido aplicadas, jurisdicionalmente, na resolução do litígio – tem o poder de afetar ou de desconstituir a autoridade da coisa julgada.

Frisa que a proteção da coisa julgada não se revela apenas em sua intensidade, mas também em seu campo de abrangência, visto que ela se estende tanto às questões discutidas no processo, como também àquelas que podendo ser discutidas no processo, não o foram. A coisa julgada representa verdadeiro corolário da ordem jurídica e do Estado Democrático de Direito, pois tem intrínseca ligação com a tutela da segurança jurídica. A segurança jurídica “mostra-se impregnada de elevado conteúdo ético, social e jurídico”, e projeta-se sobre toda a ordem jurídica, sendo necessária a preservação de situações consolidadas e protegidas pelo fenômeno da coisa julgada.

Portanto, a “segurança jurídica, proporcionada pela autoridade da coisa julgada, representa, no contexto de nosso sistema normativo, o fundamento essencial da ordem constitucional, necessariamente condicionante da resolução da presente controvérsia”.

Deste modo, por todas essas razões, venceu na Corte entendimento pela impossibilidade de se rescindir a decisão impugnada.

#### 6.2.1 ANÁLISE DO CASO À LUZ DA TEORIA DE ROBERT ALEXY

Avaliando a supracitada decisão, bem como seus fundamentos, percebe-se estarem envolvidos primordialmente dois direitos fundamentais: a segurança jurídica (e a proteção à legítima expectativa) e a isonomia.

A segurança jurídica, como bem destacado em especial pelos Ministros Celso de Mello e Luiz Fux penderia a favor do contribuinte na medida em que a uniformização da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal deu-se em sentido oposto ao entendimento aplicado ao caso do contribuinte e, no cenário anterior, não apresentava nenhuma dissonância com o entendimento já exarado – embora não pacificado – pelo Tribunal. Além disso, o provimento jurisdicional favorável ao

contribuinte foi atingido pela *coisa julgada*, de modo que a decisão, uma vez transitada em julgado, encontrava-se sob o manto de imutabilidade, definitividade e intangibilidade inerente ao instituto.

Desta feita, procedendo à aplicação da primeira máxima parcial da lei de colisão alexyana, a adequação, pode-se perceber que a proteção da coisa julgada, com a produção de efeitos retroativos para aqueles contribuintes que tiveram uma decisão transitada em julgado, fomenta o princípio da segurança jurídica, na medida em que garante a proteção do provimento ao qual o sistema conferiu intangibilidade, em situações normais.

Noutro giro, a anulação do pronunciamento também é medida apta a fomentar o princípio da igualdade, na medida em que asseguraria idêntico tratamento tributário aos contribuintes que se encontrassem em situação fática semelhante. Destarte, resta superada a sub-máxima da adequação.

Prosseguindo na aplicação da lei de colisão, denota-se que, em ambos os lados, não há outra medida, menos gravosa, que seja igualmente eficaz na proteção desses direitos. No caso em comento, a segurança jurídica só pode ser protegida em grau máximo pela manutenção da intangibilidade do provimento, ao passo que só se pode garantir um tratamento igualitário aos contribuintes na mesma situação fática com a anulação da decisão.

Ultrapassadas as máximas da adequação e necessidade, cabe a análise sob o viés da proporcionalidade em sentido estrito, com a aplicação da lei da ponderação. Preliminarmente, salienta-se que a igualdade e da segurança jurídica gozam de pesos abstratos idênticos, motivo pelo qual este é anulado na fórmula do peso, tendo em vista que estes, quando idênticos, em nada interferem no resultado.

No caso concreto, permitir a afetação da coisa julgada em razão da uniformização de entendimento realizada em data posterior àquela em que foi proferida a decisão transitada em julgado, representa uma intervenção *grave* ao princípio da segurança jurídica, visto que a coisa julgada representa um dos maiores graus de segurança jurídica conferidos pelo sistema. Neste íterim, ainda é válido ressaltar que, antes da

decisão proferida pela Corte Maior no RE nº 353.657, não havia sequer jurisprudência sedimentada em sentido oposto – muito pelo contrário, a jurisprudência não era pacífica, sendo numerosos os casos de aplicação do entendimento fixado no julgamento do RE nº 350.466, como ocorreu no julgado rescindendo. Permitir a superação da certeza da coisa julgada pela incerteza de uma jurisprudência não pacificada, posteriormente uniformizada em sentido contrário seria, de certo, uma grande afronta às legítimas expectativas dos jurisdicionados.

Por outro lado, o grau de importância de satisfação do princípio oposto, a igualdade, que justificaria a intervenção na segurança jurídica, pode ser considerado *leve* - ou baixo -, visto que, no caso concreto, o tratamento diferenciado assegurado a alguns contribuintes deu-se em razão de uma conduta específica dos jurisdicionados que buscaram o amparo judicial para garantir sua proteção e levaram sua busca até a última instância do Poder Judiciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, órgão no qual obtiveram provimento favorável transitado em julgado<sup>197</sup>.

Deste modo, afigura-se como solução mais proporcional a manutenção da decisão rescindenda, em respeito à coisa julgada, privilegiando, assim, em maior grau, o princípio da segurança jurídica.

Calha, por fim, destacar que, no sistema de controle de constitucionalidade português – no qual o legislador pátrio se inspirou ao editar o artigo 27 da Lei nº 9.868/199 –, nos provimentos com força obrigatória geral<sup>198</sup>, essa ponderação

---

<sup>197</sup> Acerca da polêmica atual, envolvendo a discussão se o STF procederá ou não à limitação temporal dos efeitos da decisão do RE nº 574.706, em que foi assentada a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da Cofins (tema nº 69 da repercussão geral), Fernando Facury Scaff (2016, p. 01) analisa o contexto do provimento, e, afastado a existência de razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social, sustenta que a decisão produza efeitos retroativos. No entanto, caso assim não seja, recomenda que a Corte diferencie aqueles que litigaram em busca de seu direito e aqueles que permaneceram inerte, na linha do brocardo segundo o qual o direito não socorre os que dormem. Scaff recomenda que: “Caso o STF entenda que deve seguir esse caminho consequencialista, cedendo à pressão governamental já presente — verifica-se que não há pressão social nem sequer excepcional interesse social envolvido... —, que resguarde os efeitos passados daqueles contribuintes que trilharam todas as vias processuais. Os efeitos imediatos e futuros devem ser iguais para todos; não os passados. *Quem litigou, venceu. E tem o direito de ser tratado de forma desigual*”.

<sup>198</sup> No sistema português de controle de constitucionalidade, que também adota o modelo misto, têm força obrigatória geral tanto as decisões de controle de lei em tese, quanto as decisões que analisam casos concretos, estas últimas desde que tenham sido por ele julgadas inconstitucionais em três ou mais casos. Senão vejamos:

Artigo 281.º - Fiscalização abstracta da constitucionalidade e da legalidade

sequer seria necessária, visto que o item nº 3 do artigo 282<sup>199</sup> tece ressalva expressa que os “casos julgados” não serão atingidos pela decisão – e a proteção persiste ainda que tenha havido repristinação daquelas normas que o dispositivo haja eventualmente revogado. Isso deixa ainda mais evidente a necessidade de adequação dos institutos que importamos do direito alienígena à cultura jurídica e ao contexto legislativo pátrio, de modo a evitar distorções.

No contexto legislativo atual, o Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105), o artigo 525, §§ 12 a 15, bem como o artigo 535, §§ 5º a 8º mitigam a discussão, ao prever a inexigibilidade do título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional ou fundado em aplicação da lei ou do ato normativo considerado incompatível com a Constituição, seja em controle concentrado ou difuso. Prevê, ainda, o cabimento de ação rescisória se a decisão do STF tiver sido proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda. Urge elucidar que também nesses casos, o legislador previu expressamente a possibilidade de modelação temporal dos efeitos de decisão, de modo a favorecer a segurança jurídica. E a segurança jurídica só pode ser efetivamente protegida se a modelação pautar-se em critérios seguros, previsíveis e racionais.

---

1. O Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral:

- a) A inconstitucionalidade de quaisquer normas;
- b) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de acto legislativo com fundamento em violação de lei com valor reforçado;
- c) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma regional, com fundamento em violação do estatuto da região autónoma;
- d) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma emanado dos órgãos de soberania com fundamento em violação dos direitos de uma região consagrados no seu estatuto.

[...]

3. O Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos.

<sup>199</sup> Artigo 282.º Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade

1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.

3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.

4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos nºs 1 e 2.



### **6.3 Recurso Extraordinário nº 566.819/RS e o creditamento de IPI na aquisição de insumos isentos**

Ainda analisando a possibilidade de creditamento do IPI na venda de mercadorias cujos insumos foram adquiridos sem o recolhimento de tributo na fase anterior, o Supremo Tribunal Federal julgou, em 29/09/2010 o RE 566.819/RS.

Preliminarmente à análise dos fundamentos da decisão, é importante consignar que o RE nº 566.819, posto materialize hipótese de controle difuso de constitucionalidade, representou verdadeira alteração na tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 212.484, proferido no ano de 1998, antes da existência do mecanismo de repercussão geral em nosso sistema, mas que ensejara a formação de jurisprudência dominante<sup>200</sup>.

No voto proferido pela ministra Cármen Lúcia, a julgadora reforça a importância do referido julgamento, uma vez que, além de resolver questão inédita no que tange ao creditamento quando apurada diferença entre as alíquotas das operações de entrada e saída, sendo esta maior, é a ocasião em que o Supremo Tribunal Federal deverá assentar, com a atual composição, seu entendimento a respeito da possibilidade de creditamento nos casos de aquisição de insumo isento. Dessa forma, percebe-se claramente a tendência de abstrativização do julgado proferido em sede do controle difuso de constitucionalidade, o que realmente ocorreu nos anos seguintes: o referido recurso especial representou efetiva alteração da jurisprudência pátria, em respeito ao posicionamento fixado pelo Órgão Pleno da Corte Constitucional.

Na ocasião, o ministro relator consignou que cumpria ao Plenário analisar a questão, visto que o Plenário, ao julgar os Recursos Extraordinários nºs 353.657/PR e 370.682/SC decidiu tão somente a respeito da possibilidade de creditamento nas

---

<sup>200</sup> Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de registrar, no julgamento da Questão de Ordem no RE nº 582.650/BA (BRASIL, 2008) que “aplica-se, plenamente, o regime da repercussão geral às questões constitucionais já decididas pelo Supremo Tribunal Federal, cujos julgados sucessivos ensejaram a formação de súmula ou de jurisprudência dominante”.

aquisições de insumos não tributados ou sujeitos à alíquota zero<sup>201</sup>, e que, apesar de não ter apreciado o caso específico da isenção, que inexisteria razão para que se adotasse posicionamento diferenciado. Ao analisar a questão objeto da controvérsia no RE 566.819/RS, os ministros, por maioria, equipararam os insumos isentos, não tributados e sujeitos à alíquota zero para fins de aproveitamento do crédito presumido do imposto.

Em que pese ter afirmado o ministro relator que o Tribunal não apreciara anteriormente a questão atinente aos produtos isentos, vale dizer que, o RE 212.484, não elencado pelo ministro, havia sedimentado o posicionamento da Suprema Corte quanto ao tema, ocasião em que restou garantido o direito de aproveitamento do crédito pelos contribuintes. Curioso notar que, apesar da alteração substancial da Corte no decorrer do interstício de ambas as decisões, o ministro Marco Aurélio, relator do processo, foi um dos únicos ministros que participou também do julgamento do RE 212.484, oportunidade em que – frise-se – exarou posicionamento diametralmente oposto<sup>202</sup> àquele consignado no RE 566.819, ora analisado.

Inclusive, quando do julgamento do RE 353.657, anteriormente citado, os ministros afirmaram expressamente que não estavam a discutir, em hipótese alguma, o caso da isenção, pois a Fazenda já admitira a solução dada pelo Tribunal na decisão do RE 212.484<sup>203</sup>, que garantia o crédito referente à aquisição de insumos isentos. Em

---

<sup>201</sup> “O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vejam, o jurisprudência versou alíquota zero e, também, a não tributação. O caso em julgamento é de isenção quanto ao insumo. Não tínhamos abordado esse tema. Por isso, o processo veio ao Plenário, senão seria liquidado monocraticamente”.

<sup>202</sup> Eis um trecho do voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento do RE 212.484: “Houve modificação, em si, quanto ao IPI? Não, o IPI continuou com o mesmo tratamento que conduziu esta Corte a assentar uma jurisprudência tranquilíssima no sentido do direito ao crédito. Não houve mudança. A Emenda Constitucional nº 23 apenas alterou o preceito da Carta então em vigor que regulava o ICM.

Ora, isenta-se de algo, de início devido, e, para não se chegar à inocuidade do benefício, deve haver o crédito, sob pena, também, de transformarmos a isenção em simples diferimento, apenas projetando no tempo o recolhimento do tributo.” (p. 2 do voto do Ministro e 740 do processo)

<sup>203</sup> CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPI. ISENÇÃO INCIDENTE SOBRE INSUMOS. DIREITO DE CRÉDITO. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. OFENSA NÃO CARACTERIZADA. Não ocorre ofensa à CF (art. 153, § 3º, II) quando o contribuinte do IPI credita-se do valor do tributo incidente sobre insumos adquiridos sob o regime de isenção. Recurso não conhecido.

(RE 212484, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 05/03/1998, DJ 27-11-1998 PP-00022 EMENT VOL-01933-04 PP-00725 RTJ VOL-00167-02 PP-00698)

suas próprias razões, a União concordou com a solução dada para os insumos adquiridos sob o regime da isenção, argumentando, entretanto, uma distinção teórica entre esta e os institutos da não tributação e da alíquota zero, o que justificaria solução distinta no que tange ao direito de creditamento.

Também no próprio julgamento do RE 566.819, reconheceram os demais ministros que a Suprema Corte já havia se posicionado sobre a *quaestio*, e que isso ensejou diversas decisões no mesmo sentido, tendo em vista o posicionamento sedimentado do Tribunal. A título de exemplo, o ministro Cezar Peluso afirmou ter voto declarado em diversos precedentes em sentido contrário, motivo pelo qual pediu vênias para ficar vencido, fazendo apenas uma declaração de voto.

A ministra Ellen Gracie, ignorando que os precedentes da Corte baseavam-se, justamente na distinção entre a isenção, a não tributação e a alíquota zero, entendeu que o posicionamento da Corte com relação ao creditamento em todas as hipóteses desonerativas já fora fixado no RE nº 353.657, motivo pelo qual afirmou:

Sob a condução do Ministro Nelson Jobim, esse tribunal chegou a afirmar que a não-cumulatividade do IPI deveria ser interpretada de modo que resultasse na tributação do valor agregado (RE 212.484 e RE 353.668). Mas tal assemelhação artificial do instituto da não-cumulatividade a institutos vigentes em outros países não se consolidou.

A matéria foi longamente rediscutida no RE 353.657, assentando-se, então, o entendimento de que a não cumulatividade do IPI impede que a tributação em cascata implique suportar carga tributária total que extrapole a alíquota aplicada na saída do produto final. Ou seja, impede que haja várias operações sucessivas, todas tributadas, sem compensação entre os valores devidos e os já suportados.

A ministra Cármen Lúcia, em seu voto, traça uma linha do tempo dos precedentes da Corte. Salienta a ministra que, até então, nenhum dos precedentes invocados havia transitado em julgado, à exceção do RE 212.484.

Justamente por essa razão, asseverou a ministra, decidiu favoravelmente às empresas-contribuintes<sup>204</sup> nos Agravos Regimentais nos Recursos Extraordinários

---

<sup>204</sup> Aqui, há de se destacar o empenho da magistrada da Suprema Corte em preservar a jurisprudência do órgão o qual integra. Em seu voto, a julgadora deixa transparecer que seu posicionamento nos processos anteriores se deu efetivamente em razão da existência de precedente neste sentido, *in verbis*: “Não foi por outra razão que decidi favoravelmente às empresas contribuintes nos recursos extraordinários mencionados da tribuna pelo advogado da ora Recorrente [...], nos quais

nºs 394.997 e 501.641, invocados pelo advogado da empresa recorrente no processo em questão. Nestes processos, discutia-se tão somente, o creditamento relativo à aquisição de insumos isentos – e, portanto, a julgadora posicionou-se de modo a respeitar a jurisprudência sedimentada da Corte Constitucional no assunto.

Nessa esteira, atesta, ainda, que “o reconhecimento do crédito na aquisição de insumo sujeito à alíquota zero ou não-tributado (Recursos Extraordinários ns. 353.657 e 370.682) não significou, todavia, o abandono daquela jurisprudência sobre insumo isento” e que isso foi inclusive enfatizado pelo Ministro Nelson Jobim ao chamar o RE 353.657 para julgamento.

A existência de precedentes – ainda que superados logo em seguida pelo RE nº 353.657 – que equiparavam todos os tipos de desoneração do IPI para fins de tratamento tributário, tais como os Recursos Extraordinários nºs 357.277, 350.446 e 353.668, ensejou a interposição de recursos por ambos os polos de interesse nos processos, visto que a parte sempre encontra precedente jurisprudencial apto a embasar sua pretensão, levando àquilo que a ministra denomina de “infidelidade doutrinária”.

Exemplificando: a própria empresa recorrente aduz em seu recurso extraordinário que deve ser mantido o direito ao crédito tanto nas operações isentas, quanto naquelas sujeitas à alíquota zero, não tributadas ou cuja alíquota aplicável seja inferior à do produto final, alicerçando-se, para tanto, no RE nº 350.446 e em outro precedente nele fundado<sup>205</sup>.

Não obstante, na sessão inicial de julgamento do recurso, o advogado da empresa suscitou questão de fato para manifestar anuência com o voto do ministro relator exclusivamente no que tange à inexistência de direito ao crédito nos casos de não tributação e de alíquota zero, discordando apenas com relação à aquisição de

---

se discutia, exclusivamente, creditamento quanto a insumo submetido a regime de isenção”. (RE 566.819/RS, p. 6 do voto e 466 do processo)

<sup>205</sup> RE nº 293.511-AgR

insumos isentos, com relação aos quais entende ser devido o reconhecimento do direito ao crédito.

E não para por aí. A mesmo “volatilidade doutrinária”, nas palavras da ministra, também é praticada pela União. Quando o STF tinha posicionamento sedimentado contrário aos interesses do respectivo ente, firmado quando do julgamento da aquisição de produtos isentos, sustentava a União a impossibilidade de se conferir tratamento idêntico à isenção aos casos de não tributação e de alíquota zero.

Porém, desde a sua vitória no precedente envolvendo os insumos não tributados e sujeitos à alíquota zero, vem a União pugnando pela necessidade de se conferir tratamento idêntico a todas as espécies desonerativas do tributo.

Deste modo, “considerando o quadro jurisprudencial acima apresentado, a adoção de uma das teses referidas impõe a superação da outra, uma vez que inconciliáveis entre si”.

Com relação ao mérito da questão, na ocasião do julgamento do RE 566.819 o Supremo Tribunal Federal, por maioria, adotou a tese no sentido de conferir uniformidade de tratamento do IPI em relação a qualquer espécie de desoneração. Ademais, decidiram os ministros que o que existe entre os institutos é uma diferenciação meramente teórica, de modo que não é a não cumulatividade (art. 153, § 3º da CF) que embasa a existência de créditos presumidos, mas, sim, razões de política fiscal.

Já no que tange aos efeitos temporais da decisão, o Tribunal Constitucional absteve-se de fixar a data de início da produção de efeitos da decisão, motivo pelo qual, segundo o entendimento dominante, o provimento atinge todos os fatos pretéritos e futuros, tendo seu alcance temporal limitado tão somente pela prescrição e pela decadência.

Nessa toada, reconheceu-se, pois, o direito do Fisco de exigir dos contribuintes os valores que aqueles, fiados na jurisprudência dominante e desde muito sedimentada na corte, aproveitaram os créditos de IPI na aquisição de insumos isentos,

deduzindo os valores correspondentes do montante a ser recolhido na operação seguinte.

### 6.3.1 DA APLICAÇÃO DA TEORIA DE ROBERT ALEXY, AO CASO ENFRENTADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Primeiramente, vale destacar que, por se tratar de hipótese envolvendo o controle difuso, em regra, a decisão teria caráter retroativo para o caso analisado. Não obstante, também em razão da necessidade de tutelar a segurança jurídica e o excepcional interesse social, é plenamente possível a modelação temporal dos efeitos da decisão. Como o objeto do processo em que é declarada incidentalmente a inconstitucionalidade é o direito material alegado por uma das partes, entendemos ser necessário requerimento para que a Corte proceda à modelação. Na ausência deste requerimento no recurso extraordinário, como se observa na hipótese em comento<sup>206</sup>, caso a tese fixada seja usada como *ratio decidendi* de outros processos, não nos parece, em um primeiro olhar, que seria vedado às partes, em seus processos individuais, formular o requerimento acerca da delimitação dos efeitos temporais, com a finalidade de resguardar seus interesses individuais.

Assim, procedendo à aplicação da teoria de Robert Alexy à hipótese decidida no RE 566.819, hemos de, logo de início, identificar os preceitos em colisão.

Como se percebe de diversas passagens dos votos dos julgadores, em especial da ministra Cármen Lúcia, está envolvida a segurança jurídica e seu aspecto subjetivo, qual seja, a confiança legítima, tanto do contribuinte, quanto, dos próprios ministros da Suprema Corte, que seguiram o posicionamento já pacífico no STF: estes para decidir e aqueles para se beneficiarem dos créditos garantidos pela jurisprudência na aquisição de insumos isentos.

A situação analisada trata de uma hipótese de superação de precedente, sobretudo se considerarmos: (i) que se trata de interpretação direta de preceito constitucional e

---

<sup>206</sup> Da leitura dos autos, pode-se perceber que o pedido de modulação restringiu-se aos insumos isentos adquiridos da Zona Franca de Manaus. No entanto, o STF sequer chegou a apreciar a questão, visto que o recurso, no mérito, não tratava da questão da Zona Franca.

(ii) que ambas as disposições são simultaneamente excludentes, inconciliáveis, pois. Noutras palavras, a partir da regra constitucional insculpida no art. 153, § 3º, II<sup>207</sup>, que versa sobre a não cumulatividade do Imposto Sobre Produtos Industrializados, construíram-se duas normas, diametralmente opostas e simultaneamente excludentes. Por ocasião do julgamento do RE nº 212.484, restou consignado que “não ocorre ofensa à CF (art. 153, § 3º, II) quando o contribuinte do IPI *credita-se* do valor do tributo incidente sobre insumos adquiridos sob o regime de isenção” (grifos nossos). De outro norte, na hipótese em questão (RE 566.819), cujo julgamento ocorreu após mais de dez anos após o trânsito em julgado daquela decisão, restou sedimentado que “em decorrência do sistema tributário constitucional, o instituto da isenção não gera, por si só, direito a crédito<sup>208</sup>”, pois, o “sistema de crédito na aquisição de insumo desonerado *não decorre do princípio da não cumulatividade*”.

Desse modo, tendo-se em conta que a atividade jurisdicional é uma atividade criativa, a decisão pretérita criou direito novo. A norma criada pelo próprio Poder Judiciário em ocasião anterior, envolvendo questão jurídica idêntica transmudou-se em expectativa normativa para os demais cidadãos que enfrentam casos semelhantes àqueles apreciados na decisão (DERZI, 2009, p. 248)<sup>209</sup>. Na

<sup>207</sup> Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

(...)

IV - produtos industrializados;

(...)

§ 3º O imposto previsto no inciso IV:

I - será seletivo, em função da essencialidade do produto;

II - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores;

III - não incidirá sobre produtos industrializados destinados ao exterior.

IV - terá reduzido seu impacto sobre a aquisição de bens de capital pelo contribuinte do imposto, na forma da lei.

<sup>208</sup> IPI – CRÉDITO. A regra constitucional direciona ao crédito do valor cobrado na operação anterior.

IPI – CRÉDITO – INSUMO ISENTO. Em decorrência do sistema tributário constitucional, o instituto da isenção não gera, por si só, direito a crédito.

IPI – CRÉDITO – DIFERENÇA – INSUMO – ALÍQUOTA. A prática de alíquota menor – para alguns, passível de ser rotulada como isenção parcial – não gera o direito a diferença de crédito, considerada a do produto final.

(RE 566819, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/2010, DJe-027 DIVULG 09-02-2011 PUBLIC 10-02-2011 EMENT VOL-02461-02 PP-00445)

<sup>209</sup> Calha aqui transcrever importante excerto em que Misabel Abreu Machado Derzi (2009, p. 266-267) explica o fenômeno: “Uma vez exercida a escolha ‘livre’ pelo Poder Judiciário, com base nas alternativas autorizadas pela norma legal, enfim dando-se ao encontro do Direito, formam-se expectativas normativas, agora mais precisas e determinadas, a dirigir o comportamento das pessoas. Interessam-nos as mudanças de jurisprudência, as reviravoltas jurisprudenciais, seus limites e princípios a observar. Se, supervenientemente, o Poder Judiciário muda a sua decisão, escolhendo uma outra alternativa (antes possível, em razão do leque de significados da cadeia de signos), *cria nova norma*, específica e determinada. Tal norma nova equivale a uma *nova ‘lei’*, pois a lei anterior,

concepção adotada por Misabel de Abreu Machado Derzi (2009), já explicitada no decorrer do presente trabalho, as decisões aptas a gerar nos jurisdicionados expectativas legítimas são aquelas de tal modo vinculantes que permitam que o julgador se recuse à reanálise de casos similares, tal como os são as decisões tomadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, após devidamente consolidadas no sistema, como ocorreu na situação em comento.

Ao tratar da importância dos precedentes, o alemão Rudolf Smend observa que “na prática, a Constituição vale, atualmente, tal como interpretada pelo Tribunal Constitucional Federal”, já que referido tribunal é o “intérprete principal e guardião da Constituição” (SMEND *apud* ALEXY, 2015, p. 554).

Conclui-se, pois, que o Tribunal Constitucional, nesse caso, ao decidir a respeito do alcance do dispositivo constitucional, criou a norma a ser aplicada no caso concreto e também consolidou seu entendimento no assunto, ensejando a aplicação deste posicionamento em diversos outros casos, pelos magistrados que, atentos ao posicionamento da Corte Suprema e ciosos pela manutenção da estabilidade do sistema, replicaram-no ao enfrentarem casos idênticos.

No entanto, diversamente do caso analisado no tópico 5.1, à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal não foram conferidos efeitos vinculantes *erga omnes*, equivalentes ao das leis, motivo pelo qual se afasta, aqui, a regra da irretroatividade, insculpida no artigo 150, III, a da Constituição Federal, que veda aos entes federados cobrar tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado. Assim sendo, no presente caso, exsurge relevante o princípio da segurança jurídica e sua face subjetiva, a proteção da confiança.

Na colisão, então, temos, de um lado, a segurança jurídica dos contribuintes, que, confiando no entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal quando do

---

ainda vigente no sentido formal, tinha sido dotada de um só conteúdo unívoco, pois sofrera o esvaziamento dos demais sentidos alternativos, por decisão do próprio Poder Judiciário”.



juízo do RE nº 212.484, em 1998<sup>210</sup>, que ensejou numerosos posicionamentos dos juízes e tribunais pátrios neste sentido, gerando nos jurisdicionados a expectativa de manutenção do entendimento mantido incólume por cerca de oito anos. Dessa maneira, a produção de efeitos prospectivos pela decisão seria a solução apta a fomentar a proteção da segurança jurídica e da legítima expectativa dos jurisdicionados, aumentando sensivelmente o grau de confiabilidade inspirado pelo sistema jurídico.

De outra banda, a retroação da decisão fomentaria o chamado direito fundamental ao Estado, na medida em que as ações estatais são financiadas pelos tributos exigidos dos cidadãos.

Destarte, resta, assim, ultrapassada a máxima da adequação. Com relação à próxima sub-máxima que deve ser enfrentada, a da necessidade, nenhuma outra medida seria tão positiva para a arrecadação estatal na hipótese quanto a retroatividade do provimento, ao passo que a produção de efeitos prospectivos seria a solução que melhor privilegiaria a segurança jurídica.

Passa-se, assim, à aplicação da proporcionalidade em sentido estrito. A proteção do princípio da segurança jurídica revela-se importante no caso em comento, em especial porque havia posicionamento definitivo do Supremo Tribunal Federal no assunto, que inspirou numerosas decisões no mesmo sentido, refletindo um alto grau de proteção da segurança jurídica conferido pelo sistema. Como pontuado pela ministra Cármen Lúcia em seu voto, o posicionamento anterior foi tomado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal e transitou em julgado mais de dez anos antes da reapreciação do tema. Neste intervalo, o precedente fixado ensejou

---

<sup>210</sup> Portanto, antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 e da Lei nº 11.418/2006, que instituíram e regulamentaram o mecanismo da repercussão geral. Vale, ainda, destacar que, em 2015, o Supremo Tribunal Federal apreciou novamente a matéria abrangendo as desonerações, desta vez em regime de repercussão geral, reafirmando sua jurisprudência no sentido do posicionamento fixado nos REs nºs RE 353.657 (TP), RE 370.682 (TP) 566.819: Recurso extraordinário. Repercussão geral. 2. Tributário. Aquisição de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero. 3. Creditamento de IPI. Impossibilidade. 4. Os princípios da não cumulatividade e da seletividade, previstos no art. 153, § 3º, I e II, da Constituição Federal, não asseguram direito de crédito presumido de IPI para o contribuinte adquirente de insumos não tributados ou sujeitos à alíquota zero. Precedentes. 5. Recurso não provido. Reafirmação de jurisprudência (RE 398365 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 27/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-188 DIVULG 21-09-2015 PUBLIC 22-09-2015 )

diversas decisões no mesmo sentido, até mesmo por parte de julgadores que discordavam das premissas fixadas na ocasião. Igualmente, os contribuintes fiaram-se na interpretação sedimentada pelos intérpretes autorizados do texto constitucional, de modo que imputar-lhes prejuízos por uma conduta pautada em tais critérios seria algo extremamente danoso. Assim, a intervenção causada por eventual retroação do novo entendimento no princípio da segurança jurídica pode ser considerada *grave*.

Em outra perspectiva, a proteção do direito ao Estado é relevante para a promoção tanto de direitos sociais, quanto dos direitos de liberdade, que também acarretam inegáveis custos. No entanto, a competência estatal para tributar seus cidadãos e, assim, financiar sua própria estrutura e os serviços que lhe incumbem, encontra-se limitada justamente pelos direitos e garantias fundamentais. Deve se considerar, ademais, que o posicionamento da jurisprudência era pacífico e favorável ao contribuinte, e que ele vigorou por mais de uma década, de forma que o ingresso dessa receita jamais foi sequer esperado por parte da União. Na situação em comento, intervenção desta gravidade na esfera individual dos contribuintes, na verdade, iria de encontro com o propósito justificador da existência do próprio Estado Democrático de Direito: a proteção dos direitos fundamentais na máxima medida possível. Deste modo, a produção de efeitos prospectivos da mudança de entendimento privilegiaria a tutela na segurança jurídica, provocando *leve* intervenção no direito oposto, revelando-se como medida proporcional a ser adotada.

Ademais, no contexto legislativo atual, o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), prevê, em seu artigo 927, § 3º, nos casos de alteração de jurisprudência dominante dos tribunais superiores ou da tese fixada em julgamento de casos repetitivos, a possibilidade de “modulação dos efeitos” da referida alteração no interesse social e no da segurança jurídica, o que já indica que estes são os casos em que já se antevê que eventual aplicação retroativa poderia ensejar violação às legítimas expectativas dos jurisdicionados, trazendo sérias repercussões práticas e jurídicas.

## CONCLUSÃO

Sem olvidar das demais conclusões tecidas no decorrer do texto, eis aqui um breve panorama das questões centrais debatidas no presente trabalho.

Logo de início, pudemos perceber que a questão da inconstitucionalidade é uma decisão que atine primordialmente à validade da norma jurídica, ou seja, da significação construída pelo intérprete a partir do suporte físico da lei. Pode, ainda, ocorrer, de a invalidade macular todas as normas que se ajustam à moldura do enunciado normativo, de modo que a inconstitucionalidade pode ser tal que comprometa a permanência de todo o próprio texto legal.

Em continuidade, observou-se que o ordenamento jurídico pátrio não define, em seu texto, qual deve ser o marco temporal de produção de efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Destaca-se, contudo, que a doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem ser aplicável, tanto ao controle abstrato, quanto ao controle concreto a chamada “teoria da nulidade da lei inconstitucional”, segundo a qual, quando uma lei é reputada inconstitucional, devem ser extirpados do sistema todos os efeitos por ela eventualmente produzidos, retroagindo a invalidade à data da sua edição.

Não obstante, tendo em vista o fato de o Direito brasileiro não oferecer uma solução peremptória, buscou-se perquirir, a partir de uma análise sistêmica, dogmática e histórica, se, à falta de solução expressa, seria possível deduzir os efeitos temporais da decisão da própria lógica do sistema.

Desse modo, nota-se que o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade surgiu pela primeira vez na Constituição Federal de 1891, com nítida inspiração do modelo norte-americano. Assim, delineou-se como um instrumento essencialmente concreto e difuso. Em razão da própria lógica do controle concreto, os operadores do direito sempre entenderam que o provimento de inconstitucionalidade produziria efeitos retroativos.

Com a introdução de mecanismos de controle abstrato de constitucionalidade – e talvez justamente por ter sido este um processo gradual -, o controle da lei em tese não pareceu ter merecido tanta reflexão no que tange a seus efeitos no tempo. Como mera extensão do posicionamento já existente no contexto do controle difuso, doutrina e jurisprudência continuaram a entender que, ainda que no âmbito do controle abstrato, a decisão que decretasse a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo deveria produzir efeitos *ex tunc*.

Para análise da questão posta, carece ter em mente que a importação de institutos e mecanismos do sistema jurídico alienígena deve sempre comportar uma análise dos efeitos e da compatibilidade de sua inserção no contexto do ordenamento pátrio. Diante disso, procedeu-se a uma busca pelas raízes históricas do controle abstrato e da razão de ser de seus efeitos.

Em análise dos diferentes modelos de controle predominantes no sistema jurídico de países ocidentais, especificamente no que tange à produção de efeitos temporais do provimento de inconstitucionalidade, tanto aqueles que adotam a tese de que a inconstitucionalidade provoca uma nulidade total, como aqueles que comungam da ideia de que somente se poderiam conferir efeitos a partir da própria decisão de inconstitucionalidade, revelaram-se insuficientes para solucionar todos os numerosos conflitos decorrentes desta invalidação.

Por isso, tornou-se latente a necessidade de previsão de mecanismos que conferissem flexibilidade ao marco temporal de produção de efeitos da decisão. No ordenamento jurídico brasileiro, no concernente ao controle abstrato, o artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 prevê que o Supremo Tribunal Federal poderá, por razões de segurança jurídica e excepcional interesse social, restringir os efeitos da decisão ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou a partir de outro momento que venha a ser fixado.

Com isso, operou-se a positivação do autorizativo para que os julgadores definissem o marco temporal de produção de efeitos que melhor tutelasse os direitos dos jurisdicionados, muito embora continuemos sem uma regra expressamente consignada.

Ocorre que, a partir da análise tecida ao longo do trabalho torna-se possível perceber que é a própria lógica do controle abstrato de constitucionalidade que justifica que a regra geral seja a dos efeitos prospectivos da decisão, em especial porque, nesta forma de controle, a atuação do magistrado em muito se aproxima da atuação do legislador, cujos atos, em regra, não podem atingir fatos pretéritos, surpreendendo os jurisdicionados. Desse modo, a partir da concepção kelseniana de validade, bem como de sua teoria a respeito de inconstitucionalidade, no seio da qual foi concebido o controle abstrato de constitucionalidade, nota-se que a decisão de inconstitucionalidade tem natureza eminentemente constitutiva, de maneira que, em regra, apenas deve produzir efeitos a partir de sua prolação.

No entanto, considerando-se a importância das garantias e direitos constitucionais envolvidos, faz-se mister que o julgador, ao decidir pela inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, pronunciamento este dotado do caráter de excepcionalidade em nosso sistema – a regra é que também o legislador atue no sentido e nos limites prescritos pela Constituição, o que, entretanto, por vezes não é suficiente para coibir excessos - considere as consequências do *decisum* sobre os direitos fundamentais envolvidos, em especial aqueles que encontram guarida sob as expressões *segurança jurídica* e *excepcional interesse social*.

Para tanto, admite-se, a análise de consequências empíricas – e não apenas as jurídicas -, inclusive aquelas de cunho eminentemente financeiros que viabilizam e/ou comprometem a realização dos direitos fundamentais. É curial, apesar disso, ressaltar que, sob pena de se proceder à indevida precarização dos direitos fundamentais, o chamado cálculo das consequências apenas pode justificar a realização parcial de determinados direitos fundamentais em um cenário de total escassez de recursos, em que demonstrado empiricamente que, a despeito do empenho do administrador público, não foi possível a plena prestação dos serviços públicos que os asseguram.

Ademais, há de se ter assente que a necessidade sempre presente de arrecadação de recursos por parte do Estado não pode justificar a violação dos direitos fundamentais do contribuinte. As limitações constitucionais ao poder de tributar,

muitas das vezes, revestem-se do caráter de direitos fundamentais, de modo que a própria competência do legislador é restringida por referidas garantias, e os excessos não devem, em regra, ser tolerados.

Propõe-se, neste trabalho, a adoção da ponderação, tal qual concebida e desenvolvida pelo autor tedesco Robert Alexy, com a finalidade de se alcançar o equilíbrio entre a flexibilidade necessária para uma resolução adequada dos conflitos e a racionalidade que deve permear a decisão, visando tutelar as legítimas expectativas dos jurisdicionados, e permitir o controle objetivo da solução apresentada, na busca de reduzir a discricionariedade da decisão. Por consequência, busca-se aumentar a confiabilidade e o respeito dos jurisdicionados ao sistema.

Para tanto, fez-se necessário explicitar as bases da supracitada teoria. Um dos alicerces reside na distinção entre regras e princípios que, para Alexy, é uma diferenciação tanto qualitativa, quanto de grau. Ao passo que as regras comportam um juízo de aplicabilidade peremptório e excludente, os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, comportam uma aplicação simultânea e parcial, são normas que podem ser satisfeitas em maior ou menor grau, definição que dependerá das circunstâncias do caso concreto. O conflito de regras envolve, essencialmente, uma decisão sobre validade, ao passo que o afastamento em maior ou menor grau de um princípio em determinado caso concreto nada diz a respeito de sua validade, de modo que um conflito entre os mesmos princípios, em um outro caso distinto, pode ser resolvido diversamente.

Estabelecida referida premissa, passamos à análise da lei de colisão desenvolvida pelo autor, que deve ter como norte a máxima da proporcionalidade. Na aplicação da lei de colisão devem ser observadas suas três máximas parciais, de maneira sucessiva e prejudicial. Assim, primeiro aprecia-se a adequação da medida. Apenas na hipótese de uma resposta positiva no que tange à adequação é que se deve proceder à análise de necessidade da medida. O mesmo ocorre entre a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Adequada é toda medida apta a fomentar o resultado pretendido. Necessária é aquela medida que, dentre os meios igualmente adequados, representa intervenção menos intensa nos direitos fundamentais. Com isso, quer-se dizer que devem ser evitados sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais. Ultrapassadas as duas primeiras etapas do raciocínio, passa-se à aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, terceira máxima parcial da máxima da proporcionalidade, etapa decisória em que se procede a um sopesamento, com o fito de privilegiar todos os princípios em conflito, na maior medida permitida pelas condições fáticas de cada caso concreto.

Nesta última etapa, deve ser aplicada a lei da ponderação, que também se subdivide em três partes: primeiro, deve-se buscar mensurar o grau de intervenção da medida em cada um dos princípios colidentes; após, é importante definir a importância do princípio oposto, apto a embasar a intervenção; por fim, surge a necessidade de análise de qual medida implica em um maior benefício, com o menor custo, sendo esta a que deve prevalecer.

Não se pode, ainda, esquecer que o mecanismo da ponderação foi desenvolvido como uma continuidade da teoria da argumentação, de modo que não há de se cogitar na aplicação da lei de colisão sem a correspondente fundamentação que justifique a atribuição dos pesos e a solução encontrada.

Exposta as bases de nossa proposta, os capítulos finais dedicaram-se à análise de alguns importantes casos concretos, tencionando, a partir da teoria, avaliar sua aplicabilidade na prática forense. Tanto nos casos em que o Supremo Tribunal Federal decidiu a respeito da inconstitucionalidade de leis estaduais que concediam benefícios fiscais de ICMS sem prévia celebração de convênio interestadual, bem como nas ocasiões em que discutiu os contornos da não cumulatividade do IPI ante às diversas formas de desoneração, a questão acerca dos efeitos temporais da decisão ganhou destaque. A aplicação do entendimento ora proposto aos casos concretos analisados demonstrou que o raciocínio sugerido permite chegar a uma solução plausível e racional para solucionar a questão da discricionariedade que por vezes macula a fixação do marco temporal para produção de efeitos do pronunciamento de inconstitucionalidade.

Sem a pretensão de esgotar o tema, tendo em vista todas as razões expostas ao longo do trabalho, e considerando o especial contexto do Código de Processo Civil de 2015, a teoria de Robert Alexy revelou-se como um método adequado para a solução racional dos conflitos temporais advindos da decretação da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. Conforme demonstrado, para que a ideia de ponderação desenvolvida pelo autor e acolhida por nosso código produza resultados positivos é essencial a fidelidade metodológica.

Isso porque, a ponderação atécnica, metodologicamente frouxa, acaba por gerar tantas – ou mais – incertezas para o sistema, quanto a inexistência de uma linha definida de raciocínio.

Por fim, buscou-se, no presente trabalho, trazer algumas bases para otimizar o disposto no Código de Processo Civil de 2015, bem como a proteção dos direitos e garantias fundamentais no contexto da jurisdição constitucional. A semente está lançada. Depende, agora, de encontrar solo suficientemente fértil para que a mudança floresça.



## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vírgilio Afonso da Silva da 5ª edição alemã (*Theorie der Grundrechte*), publicada pela Suhrkamp Verlag. 2ª ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução e organização de Luís Afonso Heck, 4ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora, 2001.

\_\_\_\_\_. Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais. Palestra proferida na casa Rui Barbosa, em 10/12/1998. Tradução informal de Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/20863014/colisao-e-ponderacao---alexys>>. Acesso em: mar/2017.

\_\_\_\_\_. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradutor: Luís Afonso Heck. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 217. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1999, p. 55-79.

\_\_\_\_\_. Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen. **Der Staat**, v. 29, nº 1. Berlin: Duncker & Humblot GmbH, 1990. Disponível em: <[https://www.jstor.org/stable/43642247?seq=2#page\\_scan\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/43642247?seq=2#page_scan_tab_contents)>. Acesso em: mar./2017.

\_\_\_\_\_. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. **Ratio Juris**, vol. 16, nº 4, December, 2003, p. 433-449. Disponível em: <[https://is.muni.cz/el/1422/jaro2008/CM218Zk/um/3479707/Alexy\\_-\\_Balancing\\_and\\_Subsumption.pdf](https://is.muni.cz/el/1422/jaro2008/CM218Zk/um/3479707/Alexy_-_Balancing_and_Subsumption.pdf)>. Acesso em: fev./2017.

ALVES JR., Luís Carlos Martins. Garantias e privilégios do crédito tributário. In: **Estudos de Direito PGE/RS**, v. 3, n. 6. Porto Alegre: EDPGERS, jan./mar. 2014. p. 1-43.

ALVIM, José Manoel de Arruda. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 16. ed., 2014.

AMARO. Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva. 1999.

ANDRADE, Fábio Martins de. "A declaração de inconstitucionalidade do Funrural sobre a receita de comercialização de produtos rurais e a inadequação de sua modulação temporal". In: **Revista Dialética de Direito Tributário** n. 178. São Paulo: Dialética, julho de 2010.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). O Direito Público em Tempos de Crise – Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 99- 127.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARBI, Celso Agrícola. Evolução do Contrôlo de Constitucionalidade das leis no Brasil. In: **Doutrinas essenciais – Direito Constitucional – Vol. V: Defesa da Constituição**. CLÈVE, Clemerson Merlin; BARROSO, Luís Robert (orgs.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 88-101.

BARROS, Sérgio Resende de. **Simplificação do controle de constitucionalidade**, sem data. Disponível em: <[http://www.srbarros.com.br/pt/simplificacao-do-controle-de-constitucionalidade .cont](http://www.srbarros.com.br/pt/simplificacao-do-controle-de-constitucionalidade.cont)>. Acesso em: mar./2017.

BASILE, Juliano. Um juiz para os juízes. In: Migalhas, 29/08/2011. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI140248,101048-Ministros+do+STF+comentam+atualidade+das+teorias+de+Hans+Kelsen>>. Acesso em: mar./2017.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo, Malheiros, 2006.

BEDÊ JÚNIOR, Américo. Constitucionalismo sob a ditadura militar de 64 a 85. In: **Revista do Senado**, ano 50, número 197, jan./mar. 2013. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496978/000991331.pdf?sequence=1>>. Acesso em out./2016

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 239. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2005, p. 1-31.

\_\_\_\_\_. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, jan./fev./mar./2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-1-JANEIRO-2005-GUSTAVO-BINENBOJM.pdf>>. Acesso em: fev./2017.

\_\_\_\_\_. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**, 4ª ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. Trad. Denise Agostinetti. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 27ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 526/DF**. Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 12/12/1991, Data de Publicação: DJ 05/03/1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em out./2016.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal, ADI 652 - QO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 02/04/1992, publicado em 02/04/1993, Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+652%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+652%2EACMS%2E%29&base=baseQuestoes&url=http://tinyurl.com/ag9cwgc>>. Acesso em: mar./2017.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 581352/AM**, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 24/09/2013, Data de Publicação: DJe-192 DI DIVULG 30/09/2013 PUBLIC 01/10/2013. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24205269/recurso-extraordinario-re-581352-am-stf>>. Acesso em: dez./2016.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5316/DF**. Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 21/05/2015, Data de Publicação: DJe 06/08/2015. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9058651>>. Acesso em fev./2017.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº 582650/BA**. Relator: Min. Ellen Gracie (Presidente), Data de Julgamento: 16/04/2008, Data de Publicação: DJe-202 24-10-2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+582650%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+582650%2EACMS%2E%29&base=baseQuestoes&url=http://tinyurl.com/avt5kvd>>. Acesso em: mar./2017.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **Pet 3388/RR**. Relator: Min. Carlos Britto, data de julgamento: 19/03/2009, órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJe-181, divulgação: 24-09-2009, publicação: 25-09-2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3388&classe=Pet&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: mar./2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1185474/SC 2010/0048628-4**, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 20/04/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/04/2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9119367/recursospecialresp1185474-sc-2010-0048628-4/inteiro-teor-14265399>>. Acesso em: dez./2016.

BRASIL, Código de Direito Canônico. Disponível em: <<http://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/31867/codigo-de-direito-canonical#ancora-1>>. Acesso em: mar./2017.

BUENO. Cássio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1958.

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: Juspodivm, 2013.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic Choices – The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources**. W. W. Norton & Company, 1978.

CÂMARA. Alexandre. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito. O constructivismo lógico-semântico**. Noeses. São Paulo. 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos de Incidência**, 9º ed. Saraiva: São Paulo, 2012a.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito tributário**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.

\_\_\_\_\_. O princípio da segurança jurídica em matéria tributária. In: **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 98, p. 159-180, jan. 2003. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67584/70194>>. Acesso em: dez./2016.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1995.

COELHO, Inocêncio Mártires. As Idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro. Palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 12/01/1998. **Revista de Direito Público**, nº 6. Out-nov-dez./2014. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1362/830>>. Acesso em: fev./2017.

CONJUR. Guinada no STF: ministro Carlos Velloso toma posse. **Revista Consultor Jurídico**, 27/05/1999. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/1999-mai-27/ministro\\_carlos\\_velloso\\_presidente\\_corte?pagina=3](http://www.conjur.com.br/1999-mai-27/ministro_carlos_velloso_presidente_corte?pagina=3)>. Acesso em: mar./2017.

COSTA, Silvio Nazareno. **Súmula Vinculante e reforma do Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Distinções entre as Técnicas da "Interpretação Conforme a Constituição" e da "Declaração Parcial de Inconstitucionalidade sem redução de texto"**, 2015. Disponível em: <<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/152105770/distincoes-entre-as-tecnicas-da-interpretacao-conforme-a-constituicao-e-da-declaracao-parcial-de-inconstitucionalidade-sem-reducao-de-texto>>. Acesso em: mar./2017.

DAL'COL, João Roberto de Sá. **Motivação das decisões judiciais: o art. 489, § 1º, do CPC/15 e a (re)descoberta do dever de fundamentação** - 2016. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Federal do Estado do Espírito Santo. Disponível em: <[http://portais4.ufes.br/posgrad/teses/tese\\_10193\\_DALCOL\\_JO%C3O%20ROBERTO%20DE%20S%C1\\_2016.pdf](http://portais4.ufes.br/posgrad/teses/tese_10193_DALCOL_JO%C3O%20ROBERTO%20DE%20S%C1_2016.pdf)>. Acesso em: mar./2017.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações ao poder judicial de tributar**. São Paulo: Noeses, 2009.

\_\_\_\_\_. A irretroatividade no direito tributário. In: **Direito tributário: questões atuais**. Coordenação: Luiz Cláudio Silva Allemand. Brasília: OAB, Conselho Federal, Comissão especial de direito tributário, 2012.

DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno & OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela, V. 2**. Salvador: Juspodivm, 2015.

\_\_\_\_\_. Comentários ao art. 489 do CPC/2015, p. 704-744. In: CABRAL, Antônio do Passo e CRAMER, Ronaldo. Org. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DIDIER JR., Fredie. Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessualismo. In: **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Vol. 2, p. 257-264. Org. DIDIER JR., Fredie. Salvador: Juspodivm, 2010. Disponível em: <<http://www.annep.org.br/wp-content/uploads/2016/01/TEORIA-DO-PROCESSO-Panorama-doutrina--rio-mundial-vol-2.pdf>>. Acesso em: dez./2016.

\_\_\_\_\_  
**Sobre a fundamentação da decisão judicial.** Texto escrito para compor coletânea em comemoração aos quinze anos do Curso de Especialização em Direito Processual Civil do Centro de Extensão Universitária (CEU), 2012. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>>. Acesso em: mar./2017.

\_\_\_\_\_  
**Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1. Salvador: Juspodivm, 2014, 16ª edição.

DUARTE, Leonardo de Farias. Ponderações sobre a ponderação. O § 2º do art. 489 do Novo Código de Processo Civil. *In*: CARVALHO FILHO, Antônio; SAMPAIO JÚNIOR, Herval (orgs.). **Os juízes e o Novo CPC**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 281-303.

ELSTER, Jon. **Ulysses and the Sirens: studies in rationality and irrationality**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Justicia constitucional: la doctrina prospectiva em la declaración de ineficácia de las leyes inconstitucionales. *In*: **Revista de Direito Público**, nº 92, out./ dez. de 1989, ano 22, p. 1-16.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição-Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad: Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997. Reimpressão: 2002.

\_\_\_\_\_  
Zeit und Verfassung: Prolegomena zu einem »zeit-gerechten« Verfassungsverständnis. **Zeitschrift für Politik**, Neue Folge, vol. 21, n. 2 (Juni, 1974), p. 111-137. Berlin: Nomos Verlagsgesellschaft mbH, 1974. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/24224901>>. Acesso em: mar./2017.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberties depends on taxes**. New York: W.W. Norton Company, 2000. E-book Kindle

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira. **Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos**, 3ª ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O valor do ato inconstitucional, em face do direito positivo brasileiro. *In*: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, nº 230, out./dez. 2002.

\_\_\_\_\_  
**Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 17ª ed., 1989.

FLECK, Leonard. M. Just health care rationing: a democratic decisionmaking approach. **University of Pennsylvania Law Review**. Vol. 140, April 1992, p. 1597-

1635. Disponível em: [http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3708&context=penn\\_law\\_review](http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3708&context=penn_law_review)>. Acesso em: fev./2017.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. O dever de fundamentação das decisões judiciais e o Novo Código de Processo Civil brasileiro. In: CARVALHO FILHO, Antônio; SAMPAIO JÚNIOR, Herval (orgs.). **Os juízes e o Novo CPC**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 244-279.

GUASTINI, Ricardo. **Distinguendo: Estudios de teoria y metateoría del derecho**, 1ª ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**, 3ª ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes do original inglês intitulado: The concept of law. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2007.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberties depends on taxes**. New York: W.W. Norton Company, 2000. E-book Kindle.

ELSTER, Jon. **Ulysses and the Sirens: studies in rationality and irrationality**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito constitucional: teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teorias do Estado e da Constituição**. 1ª ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2015.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução: Antônio Pinto de Carvalho. Lisboa: Companhia Editora Nacional, 1964.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1986.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado, 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermanentina de Almeida do Prado Galvão, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LINDAHL, Lars. **On Robert Alexy's Weight Formula foi Weighing and Balancing**. Disponível em:

<On\_Robert\_Alexys\_Weight\_Formula\_for\_Weighing\_and\_Balancing>. Acesso em: mar./2017.

LINS, Robson Maia. **Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária: decadência e prescrição**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005.

\_\_\_\_\_. Controle Processual da Incidência: Declaração de Inconstitucionalidade. *In*: SANTI, Eurico Diniz de (org.). **Curso de especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. Efeitos da decisão do STF em controle abstrato de constitucionalidade em matéria tributária sobre as decisões judiciais de outras instâncias do Poder Judiciário. *In*: **III Congresso Nacional de Estudos Tributários: Interpretação e Estado de Direito**. BARRETO, Aires Fernandino e outros. São Paulo: Editora Noeses, 2006, p. 801-818.

\_\_\_\_\_. Efeitos da decisão do STF em matéria tributária no regime do art. 543-B do Código de Processo Civil e o limite do art. 170-A do Código Tributário Nacional. *In*: **X Congresso Nacional de Estudos Tributários: Sistema Tributário Brasileiro e as Relações Internacionais**. MOREIRA, André Mendes [et al.]. São Paulo: Noeses, 2013, p. 923-938.

LUCIANO, Pablo Bezerra. Dever constitucional obriga juiz a fundamental decisões. **Revista Consultor Jurídico (ConJur)**, 11/06/2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-11/pablo-bezerra-dever-constitucional-obriga-juiz-fundamentar-decisoes>>. Acesso em: mar./2017.

MACCORMICK, Neil. **Rethoric and the Rule of Law: a Theory of Legal Reasoning**. Oxford University Press: New York, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. Contribuição Previdenciária das Agro-Indústrias – Declaração de Inconstitucionalidade do §2º do art. 25 da Lei n. 8.870/94 – Seu Alcance. Inexistência de Efeitos Retroativos em Prejuízo ao Contribuinte. **Revista Dialética de Direito Tributário** n. 56. São Paulo: Dialética, maio de 2000.

\_\_\_\_\_. **Mandado de Segurança em Matéria Tributária**. São Paulo: RT, 1ª ed., 1994.

\_\_\_\_\_. Limitações ao Poder de Tributar e Segurança Jurídica. **Pesquisas Tributárias – Nova Série**, nº 11. São Paulo: RT/Centro de Extensão Universitária, 2005.

MADUREIRA, Cláudio. **Advocacia Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

\_\_\_\_\_. **O CPC-2015 e a relativização da coisa julgada**: uma proposta de aplicação prática da teoria, 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.



MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. História semântica de um conceito: A influência inglesa do século XVII e norte-americana do século XVIII na construção do sentido da Constituição como *paramount law*. **Revista de informação legislativa** : v. 43, n. 172 (out./dez. 2006). Brasília: Senado Federal, subsecretaria de edições técnicas. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496904>>. Acesso em: mar./2017.

MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei nº 9.869, de 10-11-1999**. Saraiva: São Paulo, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Efeitos Prospectivos de Decisões Definitivas da Supre Corte em Matéria Tributária. *In*: **Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária**, p. 209-226. Coordenador: Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários (ICET), 2006.

\_\_\_\_\_. **Efeito prospectivo de decisões da Suprema Corte sobre matéria constitucional: Sua admissibilidade tanto em controle concentrado quanto em controle difuso – Parecer**. 17/10/2005. Disponível em: <[http://www.gandramartins.adv.br/project/ivesgandra/public/uploads/imagens\\_gandra/doc/parecer/publi/0615-05.doc](http://www.gandramartins.adv.br/project/ivesgandra/public/uploads/imagens_gandra/doc/parecer/publi/0615-05.doc)>. Acesso em: mar./2017.

MICHAELIS. **Dicionário Online**. São Paulo: Melhoramentos, 2017. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=pondera%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: fev./2017.

MICHELMAN, Frank I. **Constitutional Authorship by the People**, 74. Notre Dame Law Review 1605 (1999). Disponível em: <<http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol74/iss5/7>>. Acesso em: mar./2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5ª ed. Saraiva: São Paulo, 1999.

\_\_\_\_\_. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade da lei – “Unvereinbarkeitserklärung” – na jurisprudência da Corte Constitucional Federal Alemã. **Revista de informação legislativa**, a. 29, nº 118. Brasília: Senado Federal, abr./jun./1993.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Trad. Pedro Vieira Mota, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAIS, Fausto Santos de Moraes. **Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF**. Coordenador: Lênio Luiz Streck. Salvador, Juspodivm, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *In: Temas de direito processual*. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1988.

MOREIRA, André Mendes. **O direito ao crédito do IPI nas operações isentas, não-tributadas ou sujeitas à alíquota zero e a atual jurisprudência do STF**, 09/10/2013. Disponível em: <<http://www.ibet.com.br/o-direito-ao-credito-do-ipi-nas-operacoes-isentas-nao-tributadas-ou-sujeitas-a-aliquota-zero-e-a-atual-jurisprudencia-do-stf-por-andre-mendes-moreira/>>. Acesso em: mar./2017.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Revogação em Matéria Tributária**. São Paulo: Noeses, 2005.

\_\_\_\_\_ **Fontes do Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2006, 2ª ed.

\_\_\_\_\_ Função das Súmulas e critérios para aferir sua validade, vigência e aplicabilidade. *In: III Congresso Nacional de Estudos Tributários: Interpretação e Estado de Direito*. BARRETO, Aires Fernandino e outros. São Paulo: Editora Noeses, 2006, p. 851-866.

NINO, Carlos S. Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad. *In: NINO, Carlos S. (org.). Fundamentos y alcance del control judicial de constitucionalidad*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991, p. 97-140.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma Supremacia do Interesse Público sobre o Privado no Direito Administrativo Brasileiro? *In: Revista de Direito Administrativo*, v. 220. Rio de Janeiro: Renovar, abr/jun. 2000. p. 69-107.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade – conceito, sistemas e efeitos**. 2º ed rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PANDOLFO, Rafael. **Jurisdição constitucional tributária: reflexos nos processos administrativo e judicial**. São Paulo: Noeses: 2012.

PEIXOTO, Ravi. **Superação de precedente e segurança jurídica**, 2ª ed., rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

PELICIOLO, Angela Cristina. **A sentença normativa na jurisdição constitucional: o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo**. São Paulo: LTr, 2008.

\_\_\_\_\_ A sentença normativa na jurisdição constitucional. *In: Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 44, nº 274, abr./jun. 2007.

PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas consequências no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2011.

PORTUGAL, Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**. 02 de Abril de 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em set.2016.

PULIDO, Carlos Bernal. **The Rationality of Balancing**. Disponível em: <[https://www.upf.edu/filosofiadeldret/\\_pdf/bernal\\_rationality\\_of\\_balancing.pdf](https://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/bernal_rationality_of_balancing.pdf)>. Acesso em: mar. 2017.

QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. Aplicabilidade do princípio da irretroatividade à jurisprudência dos tribunais. *In*: BARRETO, Aires Fernandino e outros. **Congresso do IBET III. Interpretação e Estado de Direito**. São Paulo: Noeses, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994.

RAMOS, Saulo. Questões de efeito vinculante. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, a. 4, nº 16, jul./set. 1996.

RAÓ, Vicente. **O direito e a vida dos direito**. 5. ed. anot. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. A Segurança dos Direitos Fundamentais do Contribuinte na Sociedade de Risco. *In*: **Temas de Direito Constitucional Tributário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. Ricardo Lodi. “A Proteção da Confiança Legítima do Contribuinte”. *In*: **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, nº 145, out./2007.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Ed. Civilização Brasileira, Rio, 1965, Vol. I.

SANTAELLA, Lúcia. **O que é semiótica?** Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Editora Brasiliense, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. *In*: **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99**. Organizadores: André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg. São Paulo, Atlas, 2001,

SARMENTO, Daniel. A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade. *In*: SARMENTO, Daniel (Org.). **O Controle de Constitucionalidade e a Lei n.º 9.868/99**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

SCAFF, Fernando Facury. Modulação do PIS/Cofins e o desrespeito aos contribuintes litigantes. *In*: **Revista Consultor Jurídico (CONJUR)**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-10/justica-tributaria-modulacao-pisconfins-desrespeito-aos-contribuintes-litigantes?imprimir=1>>. Acesso em: mar./2017.

SEMER, Marcelo. **No Estado laico, a religião na política não nos representa**. São Paulo, 10/04/2013. Disponível em: <<http://terramagazine.terra.com.br/blogdomarcelosemer/blog/2013/04/10/noestado-laico-a-religiao-na-politica-nao-nos-representa/>>. Acesso em: set. 2016.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Comentários ao art. 525 do CPC/2015. *In*: CABRAL, Antônio do Passo e CRAMER, Ronaldo. Org. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 825-835.

SILVA, Almiro Régis Matos do Couto e. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Público de Anular os seus Próprios Atos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *In*: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº 2 abr./mai./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-2-abril-2005almiro%20do%20couto%20e%20silva.pdf>>. Acesso em: out./2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 37ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003)**, pp. 607-630. Disponível em: <[http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios\\_e\\_regras.pdf](http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf)>. Acesso em: jan./2017.

\_\_\_\_\_. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais (2002)**, páginas 23-50. Disponível em: <<http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>>. Acesso em: dez./2016.

\_\_\_\_\_. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 6 (2005)**, pp. 541-558. Disponível em: <<http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2005-RLAEC06-Evolucao.pdf>>. Acesso em: mar./2017.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

SOUZA, Cecília Priscila de. A norma jurídica pelo hermenêutico-analítico. **Revista Consultor Jurídico (ConJur)**, 04/11/2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-04/analise-norma-juridica-metodo-hermeneutico-analitico>>. Acesso em: nov/2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. *In*: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. São Leopoldo: Unisinos, jan./jun. 2009, p. 65-77.

\_\_\_\_\_. Dos elementos e dos efeitos da sentença. Art. 489. *In*: \_\_\_\_\_; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 681-692.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons Brasil, 2015.

TRIBE, Laurence H., **The American Constitutional Law**, 2ª ed., The Foundation Press, Mineola: 1988.

TRINDADE, André Karam e MORAIS, Fausto Santos de. Debate sobre ponderação no Novo CPC e os perigos do decisionismo. **Revista Consultor Jurídico (ConJur)**, 10/01/2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-10/diario-classe-debate-ponderacao-cpc-perigos-decisionismo>>. Acesso em: fev.2017.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Controle de Constitucionalidade na Constituição Brasileira de 1988. *In*: **Doutrinas essenciais – Direito Constitucional – Vol. V: Defesa da Constituição**. CLÈVE, Clemerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (orgs.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**, 3ª ed./ 2ª tir./ rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ZANETI JR., Hermes. Comentários ao art. 927 do CPC/2015. *In*: CABRAL, Antônio do Passo e CRAMER, Ronaldo. Org. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1320-1332.